

**INOVAÇÕES NO DIREITO
PENAL ECONÔMICO**
*Prevenção e repressão da
criminalidade empresarial*



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE
Procuradora-Geral da República

JOÃO AKIRA OMOTO
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

ALBERTO BASTOS BALAZEIRO
Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL – CED

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ANTONIO DO PASSO CABRAL – COORDENADOR DA CED
Procurador da República

GEISA DE ASSIS RODRIGUES
Procuradora Regional da República

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

ELAINE NORONHA NASSIF
Procuradora do Trabalho

VIRGÍNIA LEITE HENRIQUE
Procuradora do Trabalho

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

NELSON LACAVA FILHO
Promotor de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

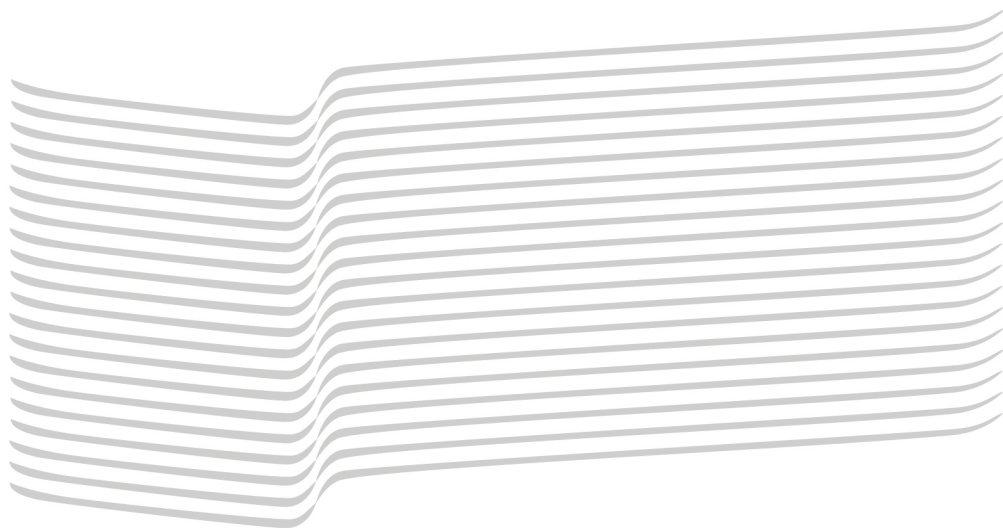
ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Promotor de Justiça

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Procuradora de Justiça



INOVAÇÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

*Prevenção e repressão da
criminalidade empresarial*



Artur de Brito Gueiros Souza
Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara
(Organizadores)

Brasília-DF
2018

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

Copyright 2018. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

NELSON DE SOUSA LIMA

Assessoria Técnica – Chefia

LIZANDRA NUNES MARINHO DA COSTA BARBOSA

Assessoria Técnica – Revisão

CAROLINA SOARES DOS SANTOS

Assessoria Técnica – Programação Visual

ROSSELE SILVEIRA CURADO

Preparação dos Originais e Revisão de Provas

SANDRA MARIA TELLES, CAROLINA SOARES DOS SANTOS, LETÍCIA DE OLIVEIRA SANTIAGO,

JOÃO GUSTAVO BORGES MARQUES

Capa e Projeto Gráfico

FERNANDA SOARES OLIVEIRA E ROSSELE SILVEIRA CURADO

Diagramação

NATALI ANDREA GOMEZ VALENZUELA

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 2.500 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União)

I58 Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial / organizadores Artur de Brito Gueiros Souza, Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara. -- Brasília : ESMPU, 2018.
296 p.

ISBN 978-85-9527-031-2

ISBN (eletrônico) 978-85-9527-032-9

1. Direito penal econômico - Brasil. 2. Empresa - responsabilidade penal - Brasil.
3. Lavagem de dinheiro - Brasil. 4. Crime contra o mercado de capitais - Brasil.
5. Acordo de leniência - Brasil. 6. Corrupção. I. Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.). II. Câmara, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Org.). III. Título.

CDD 341.554

Sete anos depois de lançada a obra *Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas* pela Escola Superior do Ministério Público da União, novas inquietações teóricas e práticas permeiam a comunidade jurídica que lida diuturnamente com a matéria. A explosão de escândalos de corrupção no Brasil e no mundo e o componente político inerente ao Direito Penal Econômico motivaram o surgimento de novos institutos e, com eles, novos desafios à aplicação do Direito Penal.

Esses novos e candentes debates, que povoam os noticiários e inflamam os processos nos quais se apura a prática de crimes de colarinho branco por indivíduos que outrora figuravam como expoentes do cenário político e empresarial brasileiros, enveredaram também pela seara acadêmica, onde são buscadas soluções técnicas para subsidiar a compreensão contemporânea do Direito Penal Econômico e para aperfeiçoar a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais.

Nesse contexto, pareceu-nos oportuna a apresentação de uma nova coletânea de artigos com o escopo de oferecer aos membros e servidores do Ministério Público da União um cabedal teórico capaz de contribuir para o enfrentamento dos novos desafios que se apresentam na persecução de crimes econômicos. Afinal, trata-se de uma das mais árduas missões do *Parquet*, seja em razão da complexidade dos temas envolvidos e da incipiente *expertise* das instâncias do Poder Judiciário para lidar com essas questões, seja pela esperança de mudança social depositada pela população nos agentes ministeriais.

Assim, onze artigos foram reunidos para lançar luzes sobre importantes aspectos do Direito Penal Econômico. Fruto das reflexões de professores, advogados, membros do Ministério Público e da Magistratura, a presente coletânea congrega trabalhos acadêmicos com diferentes vieses e almeja colaborar com a valorosa linha editorial da Escola Superior do Ministério Público da União.

Sob o ponto de vista criminológico, aborda-se o legado da teoria da associação diferencial para a criminologia contemporânea e propõem-se possibilidades de aproveitamento das teorias da aprendizagem no Direito Penal Econômico. Já por uma perspectiva mais dogmática, discorre-se sobre as dificuldades de delineamento da responsabilidade individual nos chamados delitos corporativos, bem como sobre os critérios para a responsabilização penal do chamado *compliance officer*, figura pouco frequente no cenário empresarial brasileiro até pouco tempo atrás. Ainda, após o estabelecimento da premissa de que a responsabilidade penal exclusivamente individual acaba consagrando vazios de punibilidade no âmbito de crimes econômicos, trata-se da possibilidade da criminalização de atos capitaneados por pessoas jurídicas à luz da categoria da culpabilidade.

Na seara dos crimes em espécie, reuniram-se artigos versando sobre a lavagem de dinheiro, tanto investigando o elemento volitivo nessa espécie de infração penal como perquirindo uma inovadora interpretação do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998. Em outro ensaio, são descortinadas reflexões relevantes para uma adequada imputação no âmbito da manipulação de mercado e do *insider trading*.

Alguns aspectos processuais também são alvo de estudo. Investigam-se, a partir de uma leitura crítica da legislação brasileira e de uma análise econômica do direito, aspectos relativos à transparência e à segurança jurídica que devem permear a celebração de acordos de leniência. Por outro lado, é feita abordagem sobre o papel essencial do confisco alargado e da investigação de ativos nos dias atuais.

Por fim, procede-se a um exame crítico da recente reestruturação do Ministério Público para melhor enfrentamento dos desafios do combate à corrupção, mormente com a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) e da Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), bem como a uma análise da virada paradigmática empreendida no Brasil pela Operação Lava Jato.

Esse rico compêndio permanecerá nos escaninhos dos autores se não fosse o louvável incentivo da Escola Superior do Ministério Público da União, que encampou esse projeto e empenhou todos os esforços possíveis para veicular esta publicação, motivo pelo qual manifestamos nossa gratidão à direção e a seu corpo técnico.

Ademais, dirigimos nossos mais sinceros agradecimentos a cada um dos autores pela dedicação e confiança em nós como vetores de suas ideias.

Esperamos que este novo livro seja tão útil quanto a obra original.

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA
JULIANA DE AZEVEDO SANTA ROSA CÂMARA
ORGANIZADORES

Artur de Brito Gueiros Souza é procurador regional da República, professor associado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor adjunto da Universidade Estácio de Sá (UNESA), pós-doutor em Direito Penal pela Universidade de Coimbra – Portugal, doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

Cecilia Choeri da Silva Coelho é advogada, mestre e doutoranda em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Claudio Luiz de Miranda é advogado, professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), do Programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio) e do MBA do Instituto COPPEAD de Administração da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre e doutorando em Direito de Empresa na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Hamilton Gonçalves Ferraz é advogado, professor substituto de Direito Penal e Criminologia na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

Humberto Souza Santos é advogado, doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

João Pereira de Andrade Filho é juiz federal, ex-advogado da União, ex-procurador do Estado do Espírito Santo e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

José Maria Panoeiro é procurador da República, professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), mestre e doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara é procuradora da República, ex-defensora pública do Estado de Alagoas, mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Luís Cláudio Senna Consentino é procurador da República e mestrando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Matheus de Alencar e Miranda é assessor jurídico de promotoria criminal no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mestre e doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Paulo Sérgio Ferreira Filho é procurador da República, ex-advogado da União, doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB) e especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Renan Paes Felix é procurador da República e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha – Espanha.

Roberto D’Oliveira Vieira é procurador da República e mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).

Ronny Peterson Nunes dos Santos é advogado e mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Tiago Misael de Jesus Martins é procurador da República, mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho (UGF), em Direito Público e em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

SUMÁRIO

UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: ORIGENS, ATUALIDADES, CRÍTICAS E REPERCUSSÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO HAMILTON GONÇALVES FERRAZ	11
RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NOS CRIMES DE EMPRESA CECILIA CHOERI DA SILVA COELHO	35
A RESPONSABILIDADE PENAL DO <i>COMPLIANCE OFFICER</i> E A TEORIA DO ATO <i>ULTRA VIRES</i> CLAUDIO LUIZ DE MIRANDA	53
A RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA SOB O PRISMA DA CULPABILIDADE JULIANA DE AZEVEDO SANTA ROSA CÂMARA	67
O DOLO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO HUMBERTO SOUZA SANTOS	97
A CONDUTA TÍPICA DO ART. 1º, § 2º, II, DA LEI N. 9.613/1998: REVISITANDO A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DO CONCEITO DE IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA MATHEUS DE ALENCAR E MIRANDA RONNY PETERSON NUNES DOS SANTOS	117
MANIPULAÇÃO DE MERCADO E <i>INSIDER TRADING</i> : O CONTEXTO DA FRAUDE NA IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO JOSÉ MARIA PANOIRO	161

LENIÊNCIA, TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA: A VINCULAÇÃO AO ACORDO DE LENIÊNCIA DOS ATORES ESTATAIS COLEGITIMADOS JOÃO PEREIRA DE ANDRADE FILHO PAULO SÉRGIO FERREIRA FILHO	179
PERDA ALARGADA E INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL: CONTRIBUIÇÕES DE PORTUGAL PARA A PERSECUÇÃO PATRIMONIAL NO BRASIL ROBERTO D'OLIVEIRA VIEIRA TIAGO MISAEL DE JESUS MARTINS	211
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS INVESTIGAÇÕES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA LUÍS CLÁUDIO SENNA CONSENTINO	243
OPERACIÓN «LAVADO DE AUTOS»: LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD EN BRASIL RENAN PAES FELIX	259

UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: ORIGENS, ATUALIDADES, CRÍTICAS E REPERCUSSÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO¹

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ

1 Introdução

O Brasil vivencia, em sua história democrática recente, um momento bastante sensível. Ao mesmo tempo em que são revelados grandiosos esquemas de corrupção e fraude contra, pelo e em parceria com o Estado, as tensões entre público e privado, liberdades individuais e segurança, e garantias fundamentais e eficiência nunca estiveram tão elevadas.

Trata-se de um contexto político, econômico e social que muito se assemelha àquele experimentado pelos primeiros sociólogos e criminólogos do século XX, notadamente dos EUA, os quais foram responsáveis por desenvolver e elaborar as primeiras grandes teorias e estudos a respeito do crime e do criminoso envolvendo as classes econômicas e políticas mais favorecidas. Esses pesquisadores formaram os fundamentos teóricos iniciais para o moderno Direito Penal Econômico, que até hoje são de estudo obrigatório para todos que buscam dominar a matéria.

Por essas circunstâncias, o presente artigo se justifica. Aproveitando o ensejo do conturbado cenário político, jurídico e econômico brasileiro contempo-

1 Publicado na Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 30, 1-27, ago./dez., 2015. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1904>>.

râneo, pretende-se apresentar e introduzir com maior profundidade a teoria da associação diferencial, elaborada por Edwin Sutherland². Adverte-se desde já que, embora seja tema de muito interesse para a Criminologia e para as ciências criminais, não se pretende aqui levantar uma biografia do criminólogo e seus percursos profissionais³. De forma mais modesta e objetiva, serão traçadas as origens históricas e sociológicas de sua teoria explicativa da delinquência; sua elaboração e configurações que assumiu ao longo das pesquisas de Sutherland; e as principais críticas, correções e atualizações da associação diferencial (as modernas teorias da aprendizagem), para, ao final, analisar-se sua contribuição teórica e em que medida pode enriquecer a dogmática penal econômica.

2 Origens históricas e sociológicas da teoria da associação diferencial

Apesar do título do tópico, não se enfrentará, por hora, a conceituação da teoria da associação diferencial⁴ para se privilegiar a identificação de suas raízes históricas e sociológicas. No momento, na lição de Artur Gueiros, é suficiente que se compreenda que, por esta teoria, o comportamento criminoso, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no seio de um grupo social, produzindo-se por interação com indivíduos que violam determinadas normas. A causa geral para o delito, em todo agrupamento social, seria a aprendizagem (SOUZA, 2011, p. 111).

Sutherland pesquisou, lecionou e viveu um momento histórico muito peculiar. Ao final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, os

2 Evidentemente, não seria possível, em um único artigo científico, explorar toda a obra de Edwin Sutherland em detalhes. Nesse sentido, para este artigo, selecionaram-se, dentro do possível, as obras mais representativas do pensamento do autor: SUTHERLAND, 1931; 1940; 1999; SUTHERLAND; CRESSEY, 1978. É verdade que esta última obra é fruto de atualização de seu discípulo, Donald Cressey; entretanto, observa-se que o pensamento de Sutherland não sofreu alterações, sendo objeto de atualização apenas as críticas posteriores ao seu pensamento e as respostas desenvolvidas por Cressey. Além dos trabalhos de Sutherland, recorreu-se a obras de seus destacados e reconhecidos estudiosos, conforme será percebido ao longo do texto.

3 De modo muito sucinto, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) estudou Sociologia na Universidade de Chicago em um curso por correspondência, estudando com Charles Henderson (de onde viriam influências para os estudos dos crimes de colarinho branco). De 1909 a 1911, lecionou Sociologia e Psicologia no Grand Island College. Regressou à Universidade de Chicago em 1911 para finalizar seus estudos, tendo aulas com Thorstein Veblen e adquirindo noções de economia política. Entre 1913 e 1919, lecionou na William Jewel College, Missouri; Universidade de Illinois (1919-1926); Universidade de Minnesota (1926-1929); Universidade de Chicago (1930-1935); e, finalmente, Universidade de Indiana (1935-1949), tendo sido professor visitante em várias universidades de outros estados, como Kansas e Washington. Entre seus discípulos mais famosos encontram-se Albert Cohen, Lloyd Ohlin, Donald Cressey, Daniel Glaser e Marshall Clinard (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 17-25; MAISONNAVE, 2011, p. 71-75; no Brasil, LEMOS, 2015, p. 8).

4 Como se observará adiante, a teoria da associação diferencial assumiu mais de uma formulação ao longo dos trabalhos de Sutherland.

EUA transformaram-se num grande eixo econômico, palco das mais diversas disputas e contradições políticas, econômicas e sociais, receptor de levadas maciças de imigrantes, e começaram a experimentar uma crescente conflitividade social. Em um berço não muito calmo nem confortável nascia o *welfare state* americano, que encontraria em Chicago um lugar privilegiado para seu florescimento por meio da sociologia e de uma nova e nascente criminologia sociológica (BATISTA, 2011, p. 66-67; ANITUA, 2008, p. 481-488; SHECAIRA, 2011, p. 204-208).

É nesse local, na primeira metade do século XX, que se forma a chamada “Escola de Chicago”⁵. Apesar de congregarem inúmeros sociólogos e criminólogos com perspectivas distintas, ela se destaca por ressaltar a importância etiológica do fator ambiental e suas estreitas correlações com índices de delinquência, bem como as características físicas e sociais de determinados espaços urbanos e como esses elementos geram criminalidade e explicam a distribuição geográfica do delito (MOLINA, 2003, p. 743). A obra fundamental dessa corrente criminológica é *Delinquency Areas*, de Clifford Shaw (1929), que, sistematizando dados oficiais concernentes à delinquência juvenil em Chicago, possuía como principal objetivo observar os locais urbanos onde grassava a criminalidade ao longo dos anos, para verificar a possibilidade de se falar em áreas criminais (TANGERINO, 2011, p. 127-128).

A influência da Escola de Chicago no pensamento de Sutherland é amplamente reconhecida. É interessante notar que o criminólogo estudou na Universidade de Chicago entre 1904-1906 (período em que realizou um curso por correspondência). Em 1911 finalizou seus estudos e, posteriormente, além de trabalhar no Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago entre 1930 e 1935, passou a lecionar na Universidade de Indiana. Vale destacar uma marca distintiva de Sutherland: sua proximidade com a Economia Política (também em Chicago), por influência de Thorstein Veblen (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 17-24; MAISONNAVE, 2011, p. 73-75).

Uma segunda influência (proveniente também da Escola de Chicago) está no interacionismo simbólico de George Mead e John Dewey, isto é, a ideia segundo a qual as pessoas atuam de acordo com o significado, de onde advém a necessidade de se analisar como esses significados são aprendidos na interação (ANITUA, 2008, p. 491; MOLINA, 2003, p. 845)⁶.

5 Também chamada de *Escola Sociológica de Chicago*, *Escola Criminológica de Chicago* e mesmo *Escola Ecológica de Chicago*. Neste artigo, utiliza-se genericamente a expressão *Escola de Chicago*, dado que seu objeto já se refere às suas contribuições sociológicas e criminológicas.

6 Segundo Shecaira, Mead ainda seria, mais tarde, autor de propostas teóricas importantes que dariam sequência ao pensamento de Sutherland (SHECAIRA, 2011, p. 217).

Uma terceira grande influência sofrida por Sutherland se deu pela obra de Thorsten Sellin *Cultura, crime e conflito*, de 1938, da qual se apreende a ideia de *conflito cultural*, que se presta a distinguir por que indivíduos apreendem valores normativos distintos e não alguns gerais e idênticos (ANITUA, 2008, p. 491).

Sutherland também se amparou na noção de *desorganização social*. Embora ela deva muito às pioneiras formulações de Durkheim, que concebera a *anomia* como um limite ao desvio, produzindo um *estado de desorganização* (BATISTA, 2011, p. 65), esta ideia foi amplamente adotada pela Escola de Chicago (em especial Shaw e Mackay), significando um produto de *patologia social*, que ocasionava um comportamento desviado, no sentido de que os padrões normativos necessários para o comportamento *normal* não chegavam a todos os níveis do corpo social, a própria sociedade (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997, p. 140-141).

Uma última influência, mais controversa, se refere à obra de Gabriel Tarde, *Les Lois de l'imitation (As Leis da Imitação)*, de 1890. Tarde partia do pressuposto de que o ser social, enquanto social, é imitador por essência, e que “a imitação desempenha nas sociedades um papel análogo àquele da hereditariedade nos organismos ou da ondulação nos corpos brutos” (TARDE, 1890, p. 12). Sutherland não admitia a influência do sociólogo francês, e essa discussão causava polêmica no meio criminológico⁷; porém, de qualquer forma, é um notável antecedente histórico da noção contemporânea de aprendizagem.

Apresentadas, sucintamente, as raízes do pensamento de Sutherland, passa-se à exposição e análise de sua teoria criminológica.

3 A associação diferencial em Sutherland

3.1 Primeiras elaborações (1924-1939)

Na leitura de Gerben Bruinsma, a teoria da associação diferencial possui um notável desenvolvimento e aperfeiçoamento. Sutherland publicou diferentes versões de sua explicação do crime em quatro sucessivas edições de seu livro de Criminologia (*Principles of Criminology*) ao longo de um período de vinte anos, além de outros textos publicados, variando palavras, conceitos centrais e mecanismos causais (BRUINSMA, 2014, p. 1065).

O esboço inicial da teoria surge na primeira edição do seu manual *Criminologia*, de 1924. Nesta obra, as linhas gerais da associação diferencial podem ser encontradas: (I) a busca por uma explicação universal do crime; (II) uma atenção à interação do indivíduo e seu ambiente social; (III) o interesse em

7 Apresentando a discussão e admitindo sua influência, Souza (2011, p. 105-146). No mesmo sentido, Shecaira (2011, p. 203), Ramírez e Bergalli elencam, juntamente com Tarde, outras famosas teorias da aprendizagem, oriundas de Ebbinghaus e Pavlov (BERGALLI; RAMÍREZ; MIRALLES, 1983, p. 117).

conflitos culturais e macrossociais e suas consequências para o indivíduo; e (IV) a ideia de que o crime, como qualquer outro comportamento, é aprendido, e não um resultado de defeitos hereditários (BRUINSMA, 2014, p. 1066).

Na segunda edição de seu livro (1934), agora chamado *Princípios de Criminologia*, Sutherland acrescenta que “a falha para seguir um padrão prescrito é devida à inconsistência e falta de *harmonia nas influências que dirigem o indivíduo*”. Nesta fase, o criminólogo americano se encontra mais aproximado dos ideais da *Escola de Chicago* (BRUINSMA, 2014, p. 1066), já analisada anteriormente.

Em sua obra *O Ladrão Profissional (The Professional Thief)*, de 1937, Sutherland pela primeira vez emprega o conceito de *associação diferencial*, no caso em sentido bastante estreito e pouco elaborado, para se referir às associações, relações sociais, interações sociais levadas a cabo entre criminosos, como condição de entrada no *submundo* do crime (BRUINSMA, 2014, p. 1066).

3.2 A consolidação teórica da associação diferencial (1939)

Antes de introduzir a formalização da teoria da associação diferencial, incumbe tecer algumas considerações prévias a respeito da relação entre ela e os estudos de Sutherland naquilo que veio a se chamar de *crimes de colarinho branco*.

Conforme Germán Aller, Sutherland inicia seus estudos sobre o delito de colarinho branco a partir de 1928. Em publicação de 1932, se referiu a *white-collar classes*, influenciado pelo pensamento de Veblen. Em 1936, em estudos com Harvey Locke, utilizou a expressão *white-collar workers* para se referir aos diferentes tipos de residentes em Chicago que dispunham de certo *status* por sua atividade (profissionais universitários, homens de negócios, clérigos ou vendedores). Em 1934, na obra *Princípios de Criminologia*, utilizou uma expressão similar: *white-collar criminaloid*, tomando a palavra *criminaloid* de Edward Ross, que a havia usado em 1907 para designar as pessoas que prosperavam por práticas fraudulentas sem serem capturadas pela opinião pública (MAISONNAVE, 2011, p. 76-77). Em 27 de dezembro de 1939, por ocasião do 34º Encontro Anual da Sociedade Americana de Sociologia, Sutherland finalmente profere sua conferência intitulada *White-Collar Criminality*, publicada em 1940 (MAISONNAVE, 2011, p. 78).

Nesse polêmico trabalho, Sutherland apresenta, a partir de anos de estudos e pesquisas no tema, as vigas mestras de seu pensamento criminológico, que viriam a se aperfeiçoar e consolidar definitivamente na famosa obra *Crime de Colarinho Branco*, de 1949. As conclusões de Sutherland naquela conferência foram, em síntese, que: (I) a criminalidade de colarinho branco é, de fato, criminalidade, sendo em todos os casos violação da lei penal; (II) a criminalidade de colarinho branco difere da criminalidade das classes menos

favorecidas principalmente na implementação da lei penal, que segrega administrativamente os criminosos de colarinho branco de outros criminosos; (III) as teorias criminológicas que explicam o crime a partir da pobreza ou de condições psicopáticas ou sociopáticas estatisticamente associadas à pobreza são inválidas porque, primeiro, são derivadas de amostras (estatísticas) bastante deformadas por fatores de *status* socioeconômico e, segundo, elas não se aplicam a criminosos de colarinho branco; (IV) essas teorias sequer explicam a criminalidade das classes menos favorecidas, uma vez que esses fatores não se relacionam a um processo geral característico de qualquer criminalidade; (V) uma teoria do comportamento criminoso que explique tanto a criminalidade de colarinho branco quanto a criminalidade das classes menos favorecidas é necessária; e (VI) uma hipótese desta natureza é sugerida em termos de associação diferencial e desorganização social (SUTHERLAND, 1940, p. 11-12).

Como se pode observar, a evolução da teoria da associação diferencial caminhou lado a lado com o desenvolvimento e os estudos de Sutherland sobre os crimes de colarinho branco, devendo-se reconhecer que esse novo conceito é inseparável de sua teoria explicativa do comportamento criminoso (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 33; MAISONNAVE, 2011, p. 78). Na bela colocação de Fernando Álvarez-Uría (1999, p. 33-34):

“Delito de colarinho branco” e associação diferencial formam entre si um par dialético, pois neste caso o descobrimento de um novo continente – um mundo delitivo oculto e desconhecido, a criminalidade de colarinho branco – obrigava a remodelar o mapa geral e portanto as teorias explicativas da delinquência. O ano de 1939 marca um antes e um depois na Criminologia de Sutherland. Foi também o ano em que Capone abandonou o cárcere, o ano, enfim, que Raymond Chandler publicava “O sonho eterno”. [Tradução livre].

Sutherland, ainda em 1939, acrescenta então em seus *Princípios de Criminologia* as bases da teoria da associação diferencial (que ainda não era definida pelo criminólogo por esta exata expressão), que, naquele momento, era composta por sete princípios: (I) os processos que resultam em comportamentos criminosos sistemáticos são fundamentalmente os mesmos daqueles que resultam em comportamentos conforme a lei; (II) o comportamento criminoso sistemático é determinado por um processo de associação com aqueles que cometem crimes, assim como o comportamento sistemático conforme a lei é determinado por um processo de associação com aqueles que obedecem ao direito; (III) a associação diferencial é o específico processo causal no desenvolvimento do comportamento criminoso sistemático; (IV) a probabilidade de que uma pessoa participe em um comportamento criminoso sistemático é determinada, grosseiramente, pela frequência e consistência de seus contatos com padrões de comportamento criminoso; (V) diferenças

individuais entre as pessoas em relação a características pessoais ou instituições sociais causam crimes apenas enquanto afetam a associação diferencial ou a frequência e consistência de contatos com padrões criminosos; (VI) o conflito cultural é a causa subjacente da associação diferencial e, portanto, do comportamento criminoso sistemático; (VII) a desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático (BRUINSMA, 2014, p. 1067).

3.3 Acréscimos e reformulações: os nove princípios da associação diferencial (1947)

A última versão da teoria da associação diferencial (que passou a ser formalmente denominada por esta nomenclatura) é apresentada em 1947, na quarta edição da obra *Princípios de Criminologia* (BRUINSMA, 2014, p. 1067). Nesse momento são assentados os famosos nove princípios da explicação do comportamento criminoso, os quais foram mantidos nas edições seguintes de seu manual por Donald Cressey: (I) o comportamento criminoso é aprendido; (II) o comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas em um processo de comunicação; (III) a parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre no seio de grupos pessoais íntimos; (IV) quando o comportamento criminoso é aprendido, esta aprendizagem inclui (a) as técnicas de cometimento do delito, as quais são por vezes muito complicadas e, outras vezes, muito simples e (b) a direção específica dos motivos, direções, racionalizações e atitudes; (V) a específica direção dos motivos e direcionamentos é aprendida pelas definições a respeito da lei como favoráveis ou desfavoráveis; (VI) uma pessoa se torna delinquente em razão de um excesso de definições favoráveis à violação da lei que se sobrepõem a definições desfavoráveis à violação da lei; (VII) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade; (VIII) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos que são envolvidos em qualquer outro aprendizado; e (IX) enquanto o comportamento criminoso é uma expressão de necessidades e valores gerais, ele não é explicado por essas necessidades e valores, já que o comportamento não criminoso é também expressão dessas mesmas necessidades e valores (SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 80-82).

Não se objetiva aqui explorar cada diferença entre as versões da teoria de Sutherland⁸. É suficiente perceber que a versão final da associação diferencial rejeita o conceito de desorganização social. Isso porque Sutherland concebeu a associação diferencial como hipótese complementar, a contrapartida da desorganização social (SUTHERLAND, 1999, p. 295), e, na realidade, percebeu posteriormente que um grupo pode estar organizado para comportamento criminoso

8 Nesse sentido, conferir BRUINSMA, 2014, p. 1068-1069.

ou não criminoso, o que faz com que a criminalidade seja uma expressão da organização diferencial de determinado grupo (SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 83).

4 Críticas, correções e atualizações da associação diferencial: as modernas teorias da aprendizagem

Não obstante seja a teoria da associação diferencial uma ruptura fundamental no saber criminológico existente à época, hoje ela já sofreu diversas críticas, correções e mesmo atualizações em novas teorias da aprendizagem. Para empreender uma análise clara e precisa, serão tratadas separadamente as críticas frontais à teoria (algumas das quais chegam ao ponto de rejeitá-la), e, na sequência, serão apresentadas as principais propostas de sua correção ou atualização.

4.1 Críticas à associação diferencial

Shecaira leciona que a associação diferencial desprezaria a incidência de fatores individuais de personalidade. Existiria também certa simplificação na reconstrução do processo de aprendizagem, que, dependente de contatos simbólicos, o converte em um desenvolvimento muito complexo. A associação diferencial desatenderia às diferentes aptidões individuais para a aprendizagem e não aclararia o porquê de sua interpretação estar dirigida unicamente aos modelos de comportamento criminal e às orientações de valores desviados. E, finalmente, seria incapaz de explicar por que alguém que convive com um modelo criminoso de comportamento não adere, obrigatoriamente, a ele (SHECAIRA, 2011, p. 224-225).

Taylor, Walton e Young apontam que determinados tipos de comportamento delitivo não seriam passíveis de explicação pela associação diferencial, como, por exemplo, a cleptomania. Ademais, afirmam os autores que o sujeito visualizado por Sutherland seria visto como um receptor passivo de motivos delitivos e não delitivos: o “homem é um continente, um objeto sobre o qual recaem inúmeras influências externas” (o que seria consequência das noções sociológicas herdadas da Escola Ecológica de Chicago). Também a associação diferencial não incluiria a ideia de finalidade e significado humanos (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997, p. 144-145).

Bustos Ramírez e Roberto Bergalli acrescentam ainda que a associação diferencial se limitaria ao marco das relações teóricas que geram os contatos diferenciais entre os grupos sociais e seus membros concretos, mas nunca à conduta reativa dos portadores ou agências de controle social. Ademais, as confirmações empíricas da teoria teriam dado resultados pouco positivos (BERGALLI; RAMÍREZ; MIRALLES, 1983, p. 119).

James Wilson, mais radical, sustenta que a associação diferencial e a maioria das teorias explicativas da delinquência dos anos 50 e 60, embora tentassem fornecer abordagens fundadas sobre suas causas, seriam incapazes de oferecer uma base plausível de ação para políticas públicas. Isso porque, ao enfatizar aspectos subjetivos pré-delituais (família, escola, relações interpessoais e interações sociais), definir as ações estatais que poderiam ser eficazes nesses âmbitos seria extremamente difícil. Essas teorias confundiriam análises causais com análises de política pública. Por fim, sobre Sutherland e Cressey, afirma que os autores não indicariam quais as formas de se prevenir a delinquência por meio de atuação nos grupos sociais a que os indivíduos pertencem (WILSON, 2013, p. 34-36).

Joana Maltez e José Cruz contrastam, ainda, no que se refere aos crimes de colarinho branco, a teoria da associação diferencial com as modernas teorias da escolha racional. Sutherland não explicaria o motivo de um grande número de indivíduos em um mesmo ambiente respeitar a lei enquanto outros não o fazem, razão pela qual a escolha racional se apresentaria, para esses autores, como uma teoria mais adequada para explicar os crimes praticados em contextos empresariais (MALTEZ; CRUZ, 2013, p. 154-155).

Alessandro Baratta, referindo-se não apenas à associação diferencial, mas a todas as teorias de matriz estrutural-funcionalista, critica a assunção do paradigma etiológico explicativo do crime. Por ignorarem as relações mais amplas entre a distribuição, a produção e a lógica de valorização do capital, essas teorias seriam *de médio alcance*, porque se as condições de desigualdade econômica e cultural dos grupos individuais não são criticamente refletidas, o fenômeno do desvio e da criminalidade também não seria criticamente refletido, e nem seu significado (BARATTA, 2002, p. 82-83). Vera Malaguti, compartilhando dessas percepções, não deixa de ressaltar o fato de que essas teorias foram importantes plataformas para desenvolvimentos teóricos posteriores fundamentais, como o rotulacionismo (BATISTA, 2011, p. 72).

4.2 Novas formulações teóricas a partir da associação diferencial: teorias das subculturas criminais e rotulacionismo (*labelling approach*)

Vera Malaguti leciona que a escola das teorias subculturais criminais origina-se da teoria de associações diferenciais (que possuem a anomia⁹ como base teórica explicativa). Na raiz dessa escola estaria a tentativa de produção de po-

9 Apesar de não ser o objeto do artigo, a teoria da anomia, desenvolvida por Merton, em linhas gerais, estuda como algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas na sociedade para engajá-las em condutas inconformistas ao invés de condutas conformistas. Verificando essas relações, a anomia busca entender e explicar o comportamento criminoso (MERTON, 1938, p. 672).

líticas públicas de integração e mobilidade social no mesmo contexto histórico da construção do *welfare state* em uma América heterogênea e conflitiva (BATISTA, 2011, p. 70). Em linhas gerais, verifica-se que a teoria das subculturas criminais, na lição de Pavarini,

representaria, portanto, a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas ante a exigência de sobreviver, orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de atuar. (PAVARINI, 2002, p. 111, tradução livre).

Feitas as considerações preliminares, deve-se delimitar quais as teorias das subculturas se está a analisar. Por serem as mais representativas, destacam-se as contribuições de Albert Cohen, Richard Cloward e Lloyd Ohlin.

Cohen, de forma meticulosa, diferencia as subculturas em geral da subcultura juvenil delinquente, e se refere a esta como “o modo de vida de certos grupos, ‘gangues’ de garotos que vem surgindo em grandes cidades americanas”; seus membros crescem, uns se tornam cidadãos obedientes à lei, outros prosseguem em direção a formas mais adultas de criminalidade, mas a tradição delinquente seria mantida viva pelos grupos que os sucedem (COHEN, 1971, p. 13).

Para Cohen, a subcultura delinquente se caracteriza por ser *não utilitária, maliciosa e negativista*: *não utilitária* em razão da desconsideração de termos racionais e utilitários pelo esforço empregado e pelo risco corrido na prática do crime; *maliciosa*, por denotar certo gosto, prazer em desafiar e hostilizar a sociedade e seus tabus; e *negativista*, pela *polaridade negativa* com que se configura em relação às normas da “respeitável” sociedade adulta (COHEN, 1971, 25-28).

Por uma série de estudos e estatísticas levantados por Cohen, a distribuição social das subculturas juvenis delinquentes seria predominante na parcela masculina da classe trabalhadora da população juvenil. É importante frisar que esse diagnóstico diverge da velha leitura positivista de que as populações menos favorecidas teriam *tendências* biológicas ou sociais ao delito: Cohen é categórico ao afirmar que seria fora de dúvida que praticamente todas as crianças, independentemente da classe social, praticam delinquências. Assim, o comportamento delinquente não é confinado às classes menos favorecidas, o que, entretanto, não significa que a impressão popular de que a delinquência juvenil seria principalmente um produto das classes e bairros menos favorecidos seja uma ilusão; essa leitura motivaria apenas, por razões igualitárias e humanitárias, que se minimizasse a concentração desproporcional de delinquência nos grupos menos prósperos, menos poderosos e respeitados (COHEN, 1971, p. 37-42).

Na interpretação desse autor, subculturas surgem, basicamente, por problemas individuais de ajustamento na sociedade que não se operam sozinhos, devendo-se considerar como pré-requisito a existência das condições necessárias para uma efetiva interação social (COHEN, 1971, p. 70). A subcultura delinquente é uma das formas de se lidar com problemas de ajustamento, que seriam essencialmente problemas de *status*: crianças seriam privadas de *status* na sociedade porque não poderiam atingir os critérios de respeito e *status* exigidos, fazendo com que a subcultura delinquente pudesse prover esses critérios (COHEN, 1971, p. 121).

Cloward e Ohlin, por sua vez, adicionam e corrigem certos aspectos da teoria de Cohen (BOADAS, 1982, p. 458). Para esses autores, uma subcultura delinquente é aquela em que certas formas de atividade delinquente são fundamentais para o desempenho de papéis dominantes sustentados pela subcultura (CLOWARD; OHLIN, 1998, 2000, 2001, p. 7).

Haveria três tipos de subculturas delinquentes: *criminosa*, caracterizada por valores criminais, na qual seus membros se orientam em direção a ganhos materiais; *conflitiva*, em que os membros buscam *status* pela manipulação de força ou ameaça de força; e *evasiva*, marcada pela alienação de papéis convencionais e pela ênfase no consumo de drogas (CLOWARD; OHLIN, 1998, 2000, 2001, p. 20).

A análise dos autores parte essencialmente da visualização da delinquência como um meio para o atingimento de fins (CLOWARD; OHLIN, 1998, 2000, 2001, p. 22). Assim, as pressões que levam à formação das subculturas delinquentes seriam provenientes das discrepâncias entre as aspirações culturais dos jovens de classe baixa e as oportunidades para alcançá-las por meios legítimos (BOADAS, 1982, p. 450).

Na sequência das teorias subculturais, aponta-se o advento do paradigma do rotulacionismo (*labelling approach*). Como bem percebido por Fernando Álvarez-Uría, a teoria da associação diferencial, ao delinear um conceito de organização social diferencial, que abre uma via ao estudo de valores, culturas e subculturas em conflito, torna possível perguntar-se quem impõe as regras e em benefício de quem (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 37). As respostas a estas questões seriam esboçadas pela teoria do rotulacionismo.

De acordo com a teoria da rotulação, o desvio e a criminalidade não seriam qualidades intrínsecas de uma conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal. Trata-se de etiquetas atribuídas a determinados sujeitos por meio de complexos processos de interação social, isto é, processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 2016, p. 28).

O autor fundamental a essa concepção é Howard Becker, segundo o qual desvio não era uma qualidade que residia no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele (BECKER, 2008, p. 27).

Becker chega ainda a fazer referência aos estudos de Sutherland, quando questiona como, a partir das investigações dos crimes de colarinho branco, delitos cometidos por empresas são quase sempre processados como causas civis, mas o mesmo crime cometido por um indivíduo é usualmente tratado como um ilícito penal (BECKER, 2008, p. 25). Vale apontar que esta teoria foi amplamente acolhida e desenvolvida na América Latina, destacando-se os estudos de Lola Aniyar de Castro e Vera Regina Pereira de Andrade (CASTRO, 1983; ANDRADE, 2015).

4.3 Reformulações contemporâneas: novas teorias da aprendizagem

Normalmente os manuais de Criminologia não costumam, no tratamento das contribuições de Sutherland, fazer menção aos desenvolvimentos posteriores do veio criminológico que ele inaugurou, isto é, as modernas teorias da aprendizagem. Para os propósitos do presente artigo, é suficiente apontar dois autores significativos que deram continuidade a essa perspectiva teórica: Daniel Glaser e Ronald Akers¹⁰.

Glaser, recorrendo a Mead, elabora a chamada *teoria da identificação diferencial*. O pressuposto da teoria é a constatação de que a maioria dos integrantes da sociedade se identifica com delinquentes e não delinquentes ao longo de sua vida, em um processo que pode se dar por experiência direta com grupos integrados por delinquentes, ou como reação negativa diante das forças opostas ao delito. Sustenta-se, em essência, que uma pessoa adota um comportamento delitivo na medida em que se identifica com pessoas reais ou imaginárias cujo comportamento delitivo pareça, de sua perspectiva, aceitável (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997, p. 146).

A teoria da identificação diferencial, aperfeiçoando a associação diferencial de Sutherland, tem em conta a escolha humana. Ou seja, aquele “excesso de definições favoráveis em relação às definições desfavoráveis ao delito” passa a compreender a ponderação relativa destes fatores feita deliberadamen-

10 Não se desconhecem os trabalhos de Matsueda, Sampson, Graif, Harding, Haynie, De Coster, entre outros, que seguiram estudando e desenvolvendo concepções criminológicas de aprendizagem (TRIPLETT, 2014, p. 1075-1076; SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 92). Contudo, dado que Glaser e Akers são os mais destacados pela literatura criminológica que leciona o tema (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997, p. 147-149; BERGALLI; RAMÍREZ; MIRALLES, 1983, p. 120-122; SUTHERLAND, 1978, p. 92-93; PAVARINI, 2002, p. 188), mostra-se mais adequado, em função dos limites do texto, se deter nas contribuições destes dois autores.

te pelo sujeito (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1997, p. 146). Conforme percebem Bustos Ramírez e Roberto Bergalli, a ênfase que esta reformulação coloca sobre a voluntariedade do ato, mediante a introdução do processo de racionalização da conduta, remove a possibilidade de incluir o comportamento criminoso na categoria do *patológico* (BERGALLI; RAMÍREZ; MIRALLES, 1983, p. 121).

Em relação às contribuições de Ronald Akers, necessita-se mais cautela, uma vez que é um sociólogo e criminólogo com uma dinâmica produção teórica, que se atualizou ao longo do tempo.

Inicialmente, Akers, em parceria com Robert Burgess, elabora, em 1966, a chamada teoria do reforço da associação diferencial (*differential association-reinforcement theory of criminal behaviour*), que buscava combinar a teoria de Sutherland com princípios de psicologia comportamental. Nesse momento, Burgess e Akers percebem que a associação diferencial teria falhado em receber considerável suporte empírico, além de apresentar inconsistências a respeito da operacionalização dos conceitos da teoria (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 324).

A teoria do reforço da associação diferencial, em 1966, se caracterizava por sete princípios: (I) o comportamento criminoso é aprendido de acordo com os princípios de condicionamento de operação (*operant conditioning*); (II) o comportamento criminoso é aprendido tanto em situações não sociais que reforçam ou discriminam quanto por aquela interação social na qual o comportamento de outras pessoas é reforçado ou discriminado para o comportamento criminoso; (III) a principal parte do aprendizado do comportamento criminoso ocorre naqueles grupos que compreendem a maior fonte de estímulos do indivíduo; (IV) a aprendizagem do comportamento criminoso, incluindo específicas técnicas, atitudes, e procedimentos de evitação, é uma função dos efetivos e disponíveis mecanismos de reforço (*reinforcers*) e das contingências de reforço existentes; (V) a específica categoria de comportamentos que são aprendidos e sua frequência de ocorrência são uma função dos mecanismos de reforço que são efetivos e disponíveis, e as regras ou normas pelas quais estes mecanismos de reforço são aplicados; (VI) o comportamento criminoso é uma função das normas que são discriminantes para esse comportamento, e a aprendizagem dessas normas ocorre quando tal comportamento é mais reforçado do que o comportamento não criminoso; (VII) a força de um comportamento criminoso tem uma relação direta com a quantidade, a frequência e a probabilidade de seu reforço (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 324).

Desde então, Ronald Akers passou a discutir modificações à sua série original de princípios e revisou sua teoria em resposta a críticas, desenvolvimentos teóricos e empíricos na literatura e para facilitar a interpretação e as explicações de seus postulados básicos, passando a denominá-la *teoria da aprendizagem social* (*social learning theory*). Importante destacar que a aprendizagem

social não é uma teoria rival ou competidora da associação diferencial, e, sim, uma teoria mais ampla que modifica e acrescenta aspectos teóricos importantes oriundos de teorias de aprendizagem comportamentais, como a aquisição, a continuação e a cessação comportamental (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 324).

São duas as propostas centrais da teoria da aprendizagem social. Em primeiro lugar, o mesmo processo de aprendizagem em um contexto social estrutural, interacional ou situacional produz tanto comportamento desviante como não desviante, os quais se diferenciam pelo peso das influências no comportamento; em segundo lugar, a probabilidade de que as pessoas adotem um comportamento criminoso aumenta quando (I) se associam diferencialmente com outras pessoas que praticaram comportamento criminoso e manifestam definições favoráveis a ele; (II) são relativamente mais expostas em pessoa ou simbolicamente a modelos de comportamentos criminosos; (III) definem o comportamento como desejável ou justificável em uma situação discriminante para o comportamento; e (IV) receberam no passado e anteciparam na presente ou futura situação maior recompensa do que punição pelo comportamento. Com essas perspectivas, a teoria de aprendizagem social busca oferecer explicação tanto para a participação delitiva quanto para o não envolvimento com o crime, o que é compreendido por meio de quatro conceitos fundamentais desenvolvidos por Akers: associação diferencial, definições, reforço diferencial e imitação (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 325).

A *associação diferencial* trabalhada por Akers se refere aos indivíduos com quem uma pessoa decide se associar diferencialmente e interagir, direta ou indiretamente. As *definições* são as orientações e as atitudes próprias do indivíduo em relação a um dado comportamento. O *reforço diferencial* se refere às recompensas e punições recebidas pelo indivíduo que afetam a probabilidade de participar em um comportamento criminoso ou não criminoso. E, por último, a *imitação* é o processo de adoção de um comportamento modelo ou de outro comportamento individual observado, que, por suas características, afetam a probabilidade de um indivíduo imitá-lo (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 325-327).

A teoria da aprendizagem social assume um amplo espaço de aplicação, podendo ser observada em diversos domínios da estrutura social. É, de fato, uma teoria recente que vem encontrando tanto confirmações empíricas como, de igual forma, estudos que a negam, devendo, portanto, ser objeto de mais pesquisas e desenvolvimentos (AKERS; JENNINGS, 2009, p. 329-330).

5 Considerações finais

5.1 O legado de Sutherland para a Criminologia

Ao longo da exposição, buscou-se apresentar a teoria da associação diferencial, como ela foi desenvolvida por Sutherland e seu atual estado da arte.

Neste ponto, passa-se à análise crítica de seu legado para a Criminologia e suas contribuições, bem como das potencialidades das teorias da aprendizagem no Direito Penal Econômico.

Como foi destacado anteriormente, a teoria da associação diferencial possui um vínculo intenso com os estudos a respeito dos crimes de colarinho branco. Contudo, é interessante perceber que tanto a teoria explicativa de Sutherland como seus estudos sobre os *white collar crimes* são indissociáveis de um pressuposto prévio: sua concepção e percepção do que seja *Criminologia*. Para Sutherland (posteriormente atualizado por Cressey), Criminologia é

o corpo de conhecimento relativo à delinquência juvenil e o crime como um fenômeno social. Ela inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de violação de leis e a reação relativa à violação de leis (SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 3).

Esta modesta mas poderosa definição provocou uma mudança de abordagem fundamental para a Criminologia: se a delinquência e o crime são fenômenos sociais, e se o objeto da Criminologia compreende desde a elaboração das leis penais até a sua violação, o crime e o criminoso deixam de ser fenômenos biológicos, psicológicos, naturais e passam a ser socialmente compreendidos – assim, deixam de ser naturalizados, tidos como meros dados impassíveis de questionamento.

Um segundo ponto a se destacar a respeito das contribuições de Sutherland se refere a sua crítica em relação às teorias explicativas usuais da criminalidade, que apenas sofreram um abalo mais forte com seus estudos do crime de colarinho branco e da teoria da associação diferencial. Esta contribuição é largamente aceita, mas pouco aprofunda a questão.

Embora Sutherland tenha desempenhado um papel fundamental na crítica à Criminologia positivista de seu tempo, a noção de que a pobreza era causa da criminalidade chegou a sofrer questionamentos muito anteriores ao criminólogo americano. Adolphe Quételet, um dos grandes fundadores da estatística, além de precursor da ideia de *homem médio*, ao estudar a criminalidade nos departamentos da França em 1835, percebera que no departamento de Creuse, situado no interior do país e, à época, um dos mais pobres, era o que apresentava, em todos os relatórios, a “maior moralidade” (QUÉTELET, 1835, p. 199). Mary Carpenter, em meados do século XIX, em seus estudos a respeito da delinquência juvenil na Inglaterra, denunciava como as estatísticas criminais inglesas eram falhas, porque não detectavam toda a criminalidade, principalmente das classes mais altas, que normalmente passavam impunes (CARPENTER, 1852, p. 3).

Na verdade, a forma com que se buscava articular pobreza, condições biopsicológicas e sociais e delinquência não era tão simplória. Ela passou a se

tornar mais aceita com o advento da Criminologia positivista de recorte biológico, assumindo contornos distintos, conforme o autor e a corrente adotada.

Enrico Ferri, por um lado, considerava que as classes menos favorecidas eram compostas de pessoas portadoras de condições biopsicológicas inferiores, transmitidas por hereditariedade, o que as tornava mais inclinadas à delinquência e nas quais mais frequentemente se encontravam os casos de *delinquentes natos*, contra quem a pena teria pouca ou nenhuma eficácia (FERRI, 1900, p. 375-376)¹¹. Ferri não desconhecia a existência de delitos *bancários*, a *agiotagem* e a corrupção, mas se limitava, quando muito, a reconhecer a fragilidade das leis penais diante desse tipo de delinquência (FERRI, 1900, p. 418). Estudando a relação entre riqueza e criminalidade, Ferri sequer atentava para o que hoje se chamaria *delinquência de colarinho branco*, e considerava que, em realidade, a riqueza provocava os sofrimentos do “vício”, a corrupção “da moral e dos bons costumes”, levando os indivíduos ao “jogo e às apostas” ou ao adultério (FERRI, 1913, p. 74).

Garofalo chegou a sustentar uma posição ainda mais peculiar. Distançando-se explicitamente de teses *socialistas*, negava ser a pobreza causa da criminalidade. Aliás, o famoso criminólogo se aproximava de um liberalismo extremado ao sustentar, em pleno século XIX, que “qualquer homem que buscar um trabalho é capaz de encontrá-lo”, e que, embora não duvidasse que a indigência existisse de fato, sua causa seria atribuída à “falta de coragem” e empreendimento. A causa que levaria alguém ao crime não seria sua peculiar condição econômica, mas sua própria condição física, “uma completa ausência do instinto de probidade acompanhada de um despreço por sua boa reputação” (GAROFALO, 1914, p. 144-147).

Por outro lado, Garofalo, talvez de forma mais contundente do que a maioria de seus contemporâneos, denunciava abertamente a criminalidade das classes mais poderosas, que praticavam fraudes, embustes e corrupção. Em um momento de sua obra, o criminólogo italiano critica o baixo número de condenações criminais sobre as classes mais favorecidas, notando que tal disparidade se daria em razão de conseguirem contratar melhores advogados ou mesmo corromper funcionários da justiça – “o dinheiro pode servir para derrotar os fins da justiça”, afirmava Garofalo (1914, p. 156-157).

Lombroso, em obra mais tardia de seu pensamento, chegou a analisar a influência da pobreza sobre a criminalidade, e concluiu que fatores raciais e climatológicos (ou geográficos) teriam maior peso (LOMBROSO, 1911, p. 128).

11 Em outra oportunidade, Ferri (1913, p. 74) reconhece explicitamente como a “miséria econômica tem uma influência inegável na criminalidade”, porém, tal causa combinava-se com fatores orgânicos e antropológicos.

Por outro lado, estudando a riqueza como uma causa da criminalidade, considerava que ela promovia degenerações de outras naturezas, como “sífilis”, “exaustão”, e levava os homens a praticarem crimes por “ vaidade”. Em uma passagem muito interessante, Lombroso acusava como eram frequentes os crimes praticados por poderosos e como conseguiam mais facilmente obter meios de escapar da punição, mencionando como na Itália do século XIX havia ministros acusados de crimes contra o público permanecendo no poder e usando seu poder como meio para nele permanecerem (LOMBROSO, 1911, p. 134).

Destarte, se é verdade que a Criminologia, até Sutherland, era essencialmente classista, tanto em sua teoria quanto em sua prática (BARAK, LEIGHTON, FLAVIN, 2010, p. 13), deve-se compreender que ela assim era não tanto em razão de teorias explicativas simplistas e mecânicas. O que demonstrava o caráter classista e seletivo daquela Criminologia era, primeiro, a mediatização do processo explicativo da delinquência, que relacionava a pobreza à inferioridade biopsicológica, e esta, ao crime; e, segundo, as concepções de “periculosidade” provenientes da interpenetração entre o Direito Penal e a Psiquiatria, a Criminologia e a Psiquiatria. Ao mesmo tempo em que se enfatizavam crimes comuns (que afetavam vida, patrimônio, integridade física e liberdade sexual, por exemplo) ou estados perigosos pré-delitivos, rotulavam-se e classificavam-se os indivíduos em *normais* ou *anormais* (perigosos), sendo os últimos quase sempre oriundos de classes subalternas¹².

Com seus estudos a respeito do crime de colarinho branco e da teoria da associação diferencial, Sutherland rompe completamente com essas concepções. O crime de colarinho branco não se deve a qualquer condição orgânica, não é praticado por classes menos favorecidas, e é tão ou mais grave que inúmeros crimes comuns (SUTHERLAND, 1940, p. 4-5), e nem por isso seus autores seriam rotulados como *perigosos* ou *patológicos*. Agora sim, pode-se compreender como sua Criminologia promoveu a despatologização do crime e do criminoso, ruptura fundamental com o paradigma etiológico-positivista (CARVALHO, 2013, p. 177-178; LEMOS, 2015, p. 14-18).

Outra grande contribuição dos estudos de Sutherland, um pouco mais *incidental*, é sua percepção das cifras ocultas da criminalidade – já que as estatísticas oficiais não tratavam dos delitos de colarinho branco (SUTHERLAND, 1999, p. 64-65). Essa contribuição encontra antecedentes em um interessante estudo chamado “A prisão como um laboratório criminológico” (*The Prison as a Criminological Laboratory*), de 1931. Nesse trabalho, Sutherland buscava encontrar maneiras adequadas de estudar o delinquente, em especial considerando o ambiente prisional em que se encontrava. Aqui

12 Sobre isso, conferir RAUTER, 2003; CARVALHO, 2013; MATTOS, 2006 e MATSUDA, 2009.

Sutherland percebia duas dificuldades: primeiro, os prisioneiros seriam um grupo seletivo, já que nem todos os criminosos são condenados à prisão, e aqueles que são condenados provavelmente diferem em mentalidade, *status* econômico, estabilidade emocional, raça ou lugar de nascimento daqueles que se encontram fora da prisão; segundo, o prisioneiro na prisão não está em seu *habitat natural*: “um criminoso pode ser tão compreendido numa prisão quanto um leão em uma jaula”, devendo-se estudar o crime e o criminoso além da prisão (SUTHERLAND, 1931, p. 132). Estas são as raízes das considerações criminológicas contemporâneas a respeito da seletividade do sistema penal e como ele opera, essencialmente, criminalizando por estereótipo (Andrade, 2015, p. 260-262; Carvalho, 2013, p. 176-178)¹³.

Não se pode perder de vista como o impacto das ideias de Sutherland foi diferenciado ao redor do mundo, e, em particular, na América Latina. A partir dos estudos de Rosa del Olmo sobre a história da Criminologia no continente, observa-se que as grandes matrizes de conhecimento que informaram os criminólogos latino-americanos foram a escola positiva italiana, a escola alemã (com Von Liszt e Mezger como duas grandes referências) e, quando muito, a escola francesa. Um dos congressos pioneiros de Criminologia que tratou dos crimes de colarinho branco no continente data de 1979, realizado no Rio de Janeiro (DEL OLMO, 2004, p. 261). Os primeiros grandes ataques à criminologia positivista que imperava no continente só começaram nos anos 1970¹⁴, quando então, por del Olmo, a América Latina pôde conhecer a primeira tradução do *White-Collar Crime* para o espanhol, em 1969¹⁵.

5.2 A aprendizagem e o Direito Penal Econômico: perspectivas e possibilidades

Por fim, é de se notar como os estudos de Sutherland influenciaram (e ainda influenciam) o Direito Penal Econômico¹⁶. Nesse sentido, tanto os es-

13 Jock Young menciona ainda que Sutherland, com estas considerações a respeito da operatividade do sistema penal, teria lançado uma “bomba-relógio” que só seria amplamente estudada nos anos setenta (YOUNG, 1999, p. 41). Percebendo as potencialidades das teorias de Sutherland na “análise do maquinário judicial e policial”, KIRCHHEIMER, 1940, p. 974-975.

14 Vera Andrade demonstra como, nos anos 1970, a Criminologia que rompeu com as concepções positivistas até então em voga no continente partia da articulação de dois paradigmas básicos: marxismo e reação social (*labelling approach*), em um movimento muito diferente daquele experimentado nos EUA de Sutherland. Sobre isso, conferir ANDRADE, 2012, p. 79-96.

15 Sobre essa história, a nota de rodapé de Rosa del Olmo (1976, p. 42).

16 Conforme recorda Artur Gueiros, o conceito de Direito Penal Econômico é matéria de controvérsia doutrinária (SOUZA, 2011, p. 119-121). Sem adentrar na polêmica, é suficiente apontar os clássicos conceitos trabalhados por Klaus Tiedemann: em uma acepção estrita, Direito Penal Econômico vem a representar “o direito da direção da economia pelo Estado”, ao passo que em uma acepção ampla significa o “ramo do direito penal que permite considerar como delitos econômicos todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas que organizam e

tudos a respeito dos crimes de colarinho branco quanto sua explicação à delinquência pela associação diferencial penetram com grande intensidade no labor dogmático¹⁷, desde discussões preliminares a respeito da correta tipicidade e relações de imputação objetiva do delito (que assumem traços muito peculiares em razão do contexto empresarial e econômico no qual se inserem) até discussões mais polêmicas a respeito da legitimidade política do Direito Penal Econômico, da análise econômica que perpassa a construção e aplicação e capacidade de rendimento de suas principais categorias conceituais e dos fundamentos da pena quando aplicada a esta peculiar categoria delitiva.

Um campo particularmente fértil para se estabelecerem pontes entre o Direito Penal Econômico e as teorias criminológicas da aprendizagem é o tratamento do erro de proibição, podendo-se desenvolver critérios de julgamento ou soluções teóricas criativas para a análise de casos de erro em contextos empresariais de decisões coletivas.

De fato, a análise de elementos relativos ao ambiente da tomada da decisão pelo injusto e as formas disponíveis de obtenção da consciência da antijuridicidade podem ser complementadas a partir da investigação dos meios pelos quais a prática da conduta delitiva foi aprendida, avaliando-se não apenas o sujeito culpável e suas características individuais, mas também o contexto no qual ele se insere. Essa análise ampliada pode ser decisiva, seja para reconhecer ou negar a evitabilidade de um erro de proibição, reconhecer ou solucionar casos de dúvida em erro sobre a proibição¹⁸ ou graduar adequadamente a redução de pena em casos de erros de proibição vencíveis, enriquecendo a valoração referente ao *ter ou atingir* a consciência da ilicitude (art. 21, CP) com a verificação das condições de compreensão e aprendizagem da conduta conforme ao Direito. Pode igualmente ser empregada na avaliação da culpa-

protegem a vida econômica” (TIEDEMANN, 1985, p. 19-20, tradução livre). No Brasil, o Direito Penal Econômico tem seu nascimento em berço autoritário, com a tutela penal da economia popular pelo Decreto-lei n. 869/1938 e os estudos de vanguarda de Roberto Lyra. Sobre isso, SOUZA, 2015, p. 52-60.

17 Leciona Carlos Pérez del Valle que a origem do estudo da criminalidade econômica em relação com a denominada *delinquência de colarinho branco* seria indiscutível; entretanto, com o decurso do tempo, percebeu-se que os crimes de colarinho branco *democratizaram-se*, sendo muito diversas as possibilidades sociais a seu acesso, o que, portanto, sugere que a ideia de criminalidade econômica que atualmente constitui o objeto político-criminal do Direito Penal Econômico não necessariamente coincidiria com a *delinquência de colarinho branco* (PÉREZ DEL VALLE, 2005, p. 26-27). Andrei Zenkner Schmidt, no mesmo sentido, reputa inapto o conceito de crime de colarinho branco para o Direito Penal Econômico, por não ser capaz de delimitar seu objeto, uma vez que se encontram crimes atentatórios à ordem econômica sem autores economicamente privilegiados, assim como delitos contra a liberdade individual praticados por alguém que ostente a mesma condição (SCHMIDT, 2015, p. 73). Ana Luíza Barbosa de Sá aponta que a doutrina já avançou para além das conclusões de Sutherland, distinguindo-se *occupational crimes* (crimes em razão da função, cargo ou ofício); *business crimes* (que exclui a atividade econômica estranha aos setores industrial e comercial) e *corporate crime* (que concentra sua atenção na grande empresa, como sujeito de atividades delituosas) (SÁ, 2014, p. 166). Analisando os problemas de definição da delinquência econômica, JENÉ, 2015, p. 323-337.

18 Acerca desse tema, por todos, LEITE, 2013.

bilidade enquanto circunstância judicial de aplicação da pena (art. 59, CP), de maneira a mitigar ou exasperar a reprovabilidade da conduta considerando a capacidade do agente em obter a consciência da ilicitude e a maior ou menor influência de seu meio em estimular ou reforçar o comportamento ilícito ou conforme ao Direito.

Essas propostas não são definitivas e são absolutamente passíveis de críticas. Entretanto, a partir do momento em que se postula e se aceita a interpenetração entre Criminologia e Direito Penal Econômico – e, no caso do presente artigo, as contribuições deflagradas por Sutherland e as modernas teorias da aprendizagem –, abre-se um leque de perspectivas dogmáticas inovadoras, que se justificam conforme o seu potencial para realizar segurança jurídica, balanceando adequadamente as pretensões estatais de justiça com a liberdade individual e os direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

AKERS, Ronald L.; JENNINGS, Wesley G. Social Learning Theory. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st century criminology: a reference handbook*. Londres: Sage Publications Ltd., 2009. p. 323-331.

ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 11-53.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>, p. 24-36. Acesso em: 19 jul. 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARAK, Gregg; LEIGHTON, Paul; FLAVIN, Jeanne. *Class, race, gender & crime: the social realities of Justice in America*. 3. ed. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malalgutí. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Trad. de Maria Luíza X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico I: un análisis crítico*. Bogotá: Temis Librería, 1983.

BOADAS, Carme Madrenas I. Una visión de la teoría de las subculturas criminales: Albert K. Cohen, y Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin. *Revista Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 5, 17-20, p. 435-461, 1982.

BRUINSMA, Gerben. Differential Association Theory. In: BRUINSMA, Gerben; WEISBURD, David (Orgs.). *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York, Heidelberg, Dordrecht, London: Springer, 2014. p. 1065-1075.

- CARPENTER, Mary. *Juvenile delinquents, their condition and treatment*. Londres: W. & F. G. Cash, 5, Bishopsgate Street Without, 1852.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CLOWARD, Richard; OHLIN, Lloyd. *Delinquency and opportunity: a theory of the delinquent gangs*. Reprinted edition. Londres: Routledge, 1998, 2000, 2001.
- COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1971.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e a sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- _____. The development of criminology in Latin America. *Social justice*, San Francisco, v. 26, n. 2, p. 19-45, 25th. Anniversary Commemoration (Summer 1999).
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1900.
- _____. *The positive school of criminology: three lectures given at the University of Naples, Italy on April 22, 23 and 24, 1901*. Trad. de Ernest Untermann. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1913.
- GAROFALO, Raffaele. *Criminology*. Trad. de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and Company, 1914.
- JENÉ, Carles Viladàs. A delinquência econômica. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *O pensamento criminológico II: estado e controle*. Trad. de Roberta Duboc Pedrinha e Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 321-354.
- KIRCHHEIMER, Otto. Principles of criminology by Edwin H. Sutherland (review). *Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951), Chicago, v. 30, n. 6, p. 973-975, mar./abr. 1940.
- LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEMONS, Clécio. Apresentação. In: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 7-23.
- LOMBROSO, Cesare. *Crime: its causes and remedies*. Trad. de Henry P. Horton. Londres: William Heinemann, 1911.
- MAISONNAVE, Germán Aller. *Criminalidad del poder económico: ciencia y práxis*. Montevideu-Buenos Aires: B de f, 2011.

MALTEZ, Joana Veríssimo; CRUZ, José N. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras. In: CRUZ, José N.; CARDOSO, Carla S.; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita. *Infrações econômicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 153-167.

MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil*. 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, 2009.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria – uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MERTON, Robert K. Social structure and anomie. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 3, n. 5, p. 672-682, out. 1938.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19-39.

QUÉTELET, Adolphe. *Sur l'homme et le développement de ses facultes ou essai de physique sociale*. Tome Second. Paris: Bachelier, Imprimeur-Libraire, 1835.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal. Direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 105-146. Disponível em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>>.

_____. Roberto Lyra e o direito penal econômico. In: BÉZE, Patrícia Mothé Gliocche. *Coleção Direito Uerj 80 anos: direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 49-82.

SUTHERLAND, Edwin H. The prison as a criminological laboratory. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, v. 157, Prisons of Tomorrow, p. 131-136, Sep. 1931.

_____. White-collar criminality. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 5, n. 1, p. 1-12, Feb. 1940.

_____. *El delito de cuello blanco*. Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. 10. ed. rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Aplicações ecológicas à São Paulo no final do século XIX. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coords.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 115-143.

TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation*. Paris: Félix Alcan, 1890.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología*. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Trad. de Adolfo Crosa. 2. reimpressão. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito* (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1985.

TRIPLETT, Ruth. Differential social organization. In: BRUINSMA, Gerben; WEISBURD, David (Orgs.). *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York, Heidelberg, Dordrecht, London: Springer, 2014. p. 1075-1084.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013.

YOUNG, Jock. *The exclusive society: social exclusion, crime and difference in late modernity*. Londres: Sage Publications Ltd., 1999.

RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NOS CRIMES DE EMPRESA

CECILIA CHOERI DA SILVA COELHO

1 Introdução

Um dos maiores desafios contemporâneos para o enfrentamento dos crimes praticados no âmbito da atuação empresarial se encontra na delimitação de critérios para imputação da responsabilidade penal dos membros da empresa¹. As teorias tradicionais para imputação de autoria e participação não respondem adequadamente ao problema em razão das peculiaridades das organizações empresarias, especialmente daquelas mais complexas.

Algumas de suas características são, na realidade, facilitadoras ou potencializadoras da prática de delitos corporativos², como a existência de uma organização hierárquica, a divisão do trabalho, o planejamento empresarial e a objetivação de lucros.

Nas grandes empresas, assiste-se a uma atomização ou fragmentação de atuações, decisões e conhecimento sobre riscos. Assim, em regra, não concorrem, nas mesmas pessoas, informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Na realidade, é comum que um delito seja consequência de uma pluralidade de ações realizadas por vários in-

1 O termo *empresa* é adotado ao longo deste artigo no sentido do ente coletivo, isto é, da pessoa jurídica sob o manto e no interesse da qual são cometidos delitos relacionados à sua atividade econômica.

2 Delitos corporativos são aqueles nos quais os aspectos estruturais típicos de uma empresa são verdadeiramente primordiais para sua ocorrência (RIOS, 2013, p. 204).

divíduos sem que cada uma dessas ações, isoladamente, possa fundamentar a responsabilidade pelo fato. Por outro lado, como bem alerta Feijóo Sanchez (2009, p. 26-28), a organização empresarial é uma realidade social que não pode ser tratada como uma soma de indivíduos dela distinta.

Tais características representam um problema para a determinação da responsabilidade individual. No entanto, é importante que essa dificuldade não leve à conclusão apressada de que toda organização empresarial se vale de sua estrutura organizada, deliberadamente, na intenção maliciosa ou fraudulenta de criar lacunas de punibilidade ou de levar ao que comumente se denomina uma situação de *irresponsabilidade organizada*.

Nesse sentido, a busca por critérios objetivos para elucidação dos problemas de autoria e participação no âmbito empresarial mostra-se imprescindível para garantir a responsabilização daqueles que se utilizam do escudo da organização empresarial para praticar delitos. Contudo, como alerta Artur de Brito Gueiros Souza (2014, p. 95), cumpre atentar para que não ocorra o inverso, ou seja, a indevida atribuição de responsabilidade penal coletiva – ou objetiva – dos que intervêm no âmbito da pessoa jurídica.

Segundo Susana Aires de Sousa (2009, p. 1009-1010), a tendência de resposta atualmente no contexto europeu, por exemplo, tem sido a de responsabilizar os órgãos de direção da empresa. Essa solução tem merecido críticas – entre elas a de Bernd Schünemann – que em muito se assemelham ao descrito acima. Esse autor argumenta que a complexidade da estrutura empresarial, baseada no princípio da divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões (e das ações), retirando dos órgãos de direção o efetivo controle sobre o que ocorre na organização. Assim, o poder de decidir não significa necessariamente que deva ser imputada, ao agente, responsabilidade penal pelos fatos delituosos que ocorrem na empresa e em seu interesse, caso contrário, estaria se admitindo uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional, isto é, decorrente das funções que o indivíduo exerce.

Diante desse impasse, o presente artigo tem por objetivo oferecer uma modesta contribuição ao debate, apresentando as principais teorias desenvolvidas para atribuição de autoria nos crimes de empresa. Assim, em primeiro lugar, são descritas de forma sucinta as teorias tradicionais que buscaram principalmente oferecer critérios de distinção entre autoria e participação em matéria de crimes de empresa. Em seguida, são expostas as soluções apresentadas para atribuição da responsabilidade individual no âmbito dos delitos de domínio para, posteriormente, analisar as teorias aplicáveis aos delitos de infração de dever e, especificamente, às condutas omissivas dos membros da organização. Finalmente, faz-se breve menção aos modernos programas de *compliance*, cujo desenvolvimento trouxe uma nova perspectiva para a ava-

liação dos papéis dos membros das organizações empresariais, tornando-se importantes instrumentos para delimitar responsabilidades.

2 Teorias tradicionais

As teorias tradicionais têm em comum o fato de pretenderem utilizar conceitos da dogmática clássica do concurso de pessoas para resolver os problemas de delimitação de autoria e participação no contexto das organizações empresariais³. Conforme se observará, a transposição de tais critérios tradicionais para os delitos de empresa não logrou oferecer solução satisfatória para o problema em virtude das limitações particulares de cada uma dessas teorias.

Em síntese, três são as teorias consideradas tradicionais para atribuição de responsabilidade individual nos delitos de empresa, e todas distinguem autoria de participação com base em critérios diferentes (SOUZA, 2014, p. 96-100): a teoria formal-objetiva; a teoria material-objetiva e a teoria subjetivo-formal.

Os adeptos da teoria *formal-objetiva* adotam um conceito restritivo de autor, segundo o qual é autor quem realiza a ação típica, isto é, o verbo do tipo, e partícipe, aquele cuja conduta constitui tão somente uma ação prévia ou preparatória.

Nos delitos de empresa, é certo que essa teoria deixaria livre de punição os membros dos escalões intermediários e superiores da empresa que, quando muito, responderiam como partícipes.

Ao contrário da anterior, a teoria *material-objetiva* adota um conceito extensivo de autor, em que a distinção entre autoria e participação depende da relevância causal da contribuição do concorrente para o resultado. Dessa forma, é a que mais se aproxima de um modelo unitário de autoria e, portanto, não se mostra adequada à criminalidade de empresa. Isto porque nas sociedades empresárias vigora a hierarquia de funções, de forma que há que se distinguir entre os aportes para o delito em função do desnível de poder entre os membros da empresa.

Finalmente, segundo a teoria *subjetivo-formal*, a distinção entre autor e partícipe reside no plano subjetivo do agente. Autor seria, portanto, aquele que atua querendo o resultado como obra sua, ao passo que o partícipe concorre para o fato desejando o resultado como obra alheia.

3 Note-se que, no Brasil, embora o Código Penal adote a teoria monista, considerando um conceito unitário de autor, faz distinção entre autoria e participação no tocante à dosagem da pena, numa adoção do que se denomina um monismo temperado.

A crítica que merece ser feita a esta última teoria reside no fato de que, em geral, o executor imediato tem plena capacidade de discernimento e vontade, de modo que ele também realiza o fato como obra sua.

Como se observou, transpostas para a criminalidade de empresa, nenhuma dessas teorias oferece solução político-criminal satisfatória.

3 Teorias do domínio do fato

A teoria do domínio do fato constitui ainda hoje o critério dominante para a delimitação da autoria nos crimes dolosos de ação.

A expressão *domínio do fato* foi usada pela primeira vez por Hegler, no ano de 1915, com sua conotação atrelada aos fundamentos da culpabilidade. No entanto, as primeiras formulações da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria só se deram efetivamente em 1933, por Adolf Lobe, e em 1939, por Hans Welzel. Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia de domínio do fato, pode-se dizer que apenas em 1963, com a tese de habilitação de Claus Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados (GRECO; LEITE, 2013, p. 2).

A teoria dominante na época acerca da autoria era a formal-objetiva, sobre a qual comentamos sucintamente acima. A teoria de Roxin deu nova resposta ao problema, muito embora a maioria dos autores nela visualizem traços das teorias objetivas bem como das teorias subjetivas. Isto porque o autor não somente teria o domínio objetivo do fato como também a vontade de dominá-lo, não raro sendo a teoria denominada *objetivo-subjetiva* (ORTIZ, 2011, p. 87).

Em realidade, a teoria do domínio do fato promove um rearranjo interno entre o que é autoria e o que é participação. Assim, não se pode dizer que a teoria expanda o conceito de autor; pelo contrário, ela cria requisitos para o enquadramento como autor de indivíduos que, mesmo segundo as teorias tradicionais, já seriam considerados ao menos partícipes do crime (SCALCON, 2014, p. 189).

Em síntese, para Roxin (2000, p. 368), autor é a figura central do acontecer criminoso, o senhor do fato, isto é, aquele que controla o atuar criminoso. Roxin cria, portanto, um conceito formal de autor que poderá ser adaptado conforme a natureza do delito.

Entretanto, muito embora a figura do autor como centro do acontecer típico seja um critério geral de orientação dentro da teoria criada por Roxin, o critério do domínio do fato, especificamente, não foi por ele proposto com pretensões de universalidade. Dessa forma, se por um lado parece poder ser aplicado aos delitos de domínio (fundamentalmente, delitos comuns comissivos dolosos), por outro, não é aplicável, por exemplo, aos delitos omissivos e

aos delitos de infração de dever, para os quais a autoria deve ser determinada com base em outros critérios (GRECO; LEITE, 2013, p. 8).

O domínio do fato manifesta-se, a depender da situação concreta, de três formas: I) autoria imediata como domínio da ação; II) coautoria como domínio funcional do fato; e III) autoria mediata como domínio da vontade.

Na hipótese de *autoria imediata como domínio da ação*, aquele que individualmente realiza todos os elementos integrantes de um tipo penal, sem exceção, é considerado autor do crime. E será autor ainda que aja a mando de outrem ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro.

Nessa vertente, o domínio do fato se assemelha, portanto, a um conceito objetivo-formal de autor.

Para haver *coautoria como domínio funcional do fato*, deve haver uma atuação conjunta de ao menos duas pessoas para a realização de um objetivo comum com divisão de tarefas. Cada um tem o fato em suas mãos, na medida em que pode anular o plano conjunto retirando sua contribuição. Com isso, pode-se dizer que todos em conjunto detêm o domínio funcional do fato, o que faz de cada um coautor, no que Roxin chamou de uma imputação recíproca (2000, p. 309).

Note-se que não se trata aqui de um domínio funcional do fato por cada um dos coautores, mas do seu domínio conjunto, visto que cada um ocupa uma posição-chave para o sucesso do plano.

Finalmente, pode-se falar em *autoria mediata como domínio da vontade* quando o sujeito que pessoalmente realiza a ação, isto é, o autor imediato, tem sua vontade de tal forma dominada por terceiro, o autor mediato, que aquele acaba por se reduzir a um mero instrumento à mercê dos desmandos deste (SCALCON, 2014, p. 192).

Segundo Roxin, numa primeira hipótese, tal fato pode ocorrer quando o sujeito age mediante coação do autor mediato. Nesse caso, o domínio da vontade do executor da ação fundamenta o domínio do fato.

Uma segunda forma de domínio da vontade é o erro de terceiro (o autor imediato). O autor mediato possui domínio da vontade em razão do seu superior conhecimento da realidade e, assim, tem exclusiva capacidade de controle final do curso causal. O autor imediato não domina o fato, pois, induzido em erro, desconhece a realidade. Assim, funciona como mero instrumento do autor mediato.

A última e mais polêmica hipótese de autoria mediata como domínio da vontade é aquela que ocorreria por meio do que Roxin chamou de um aparato organizado de poder, sobre o que será tratado mais detidamente a seguir.

3.1 Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder (domínio da organização)

A teoria do domínio da organização, também denominada autoria de escritório, é uma modalidade de autoria mediata cuja peculiaridade em relação às demais teorias de domínio da vontade reside em que o autor imediato age livremente e com fiel representação da realidade (DUTRA, 2011, p. 223).

Essa teoria tem em comum com a teoria da coautoria, acima mencionada, o fato de que aqui também se verifica uma divisão do trabalho, porém, numa vertente vertical (SOUZA, 2014, p. 108-109). Assim, os homens de trás (os delinquentes de escritório) que ordenam os delitos, podem, sob certos requisitos, ser responsabilizados como autores mediatos ainda quando os executores sejam, ao mesmo tempo, punidos como autores plenamente responsáveis.

Na verdade, não é necessário fundamentar a autoria dos homens de trás na falta de escolha do homem da frente (como na vertente do domínio da vontade por coação), nem na sua falta de compreensão da realidade (como na vertente do domínio da vontade por erro). Isso porque, em razão da peculiar estrutura de poder existente, a organização funciona de maneira automática, pouco importando a figura pessoal do executor direto. Ao homem de trás não importa quem cumprirá a ordem, bastando-lhe a certeza de que ela será realizada. Diversamente do que ocorre na instigação (como se verá adiante), aqui a proximidade da ação típica concreta é inversamente proporcional à responsabilidade frente a ela (SCALCON, 2014, p. 196).

Assim, o domínio da organização conduz a uma relativa modificação das categorias utilizadas até então para estabelecer conceitos de autoria: “perdem-se a noção estrita de instrumentalização própria da autoria mediata, a exigência de acordo própria da coautoria e o influxo psíquico direto próprio da indução” (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 115, tradução livre).

Mesmo sendo alvo de críticas, essa teoria ganhou adeptos nas décadas seguintes tanto na doutrina e nos tribunais da Alemanha quanto em outros países, tendo sido admitida como fundamento para condenação de ex-dirigentes da antiga República Democrática da Alemanha.

No Brasil, essa teoria ganhou notoriedade em razão do julgamento da Ação Penal 470 (o caso Mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, tal popularidade não foi acompanhada por análises mais detidas de seus fundamentos, carecendo de maior investigação sobre a possibilidade de aplicação da teoria aos delitos de empresa.

Antes de se passar a essa análise, cumpre apresentar a teoria do domínio da organização, conforme proposta originalmente por Roxin.

Como bem esclarecem Luís Greco e Alair Leite (2013, p. 6), para Roxin, aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como mera engrenagem de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.

Como se observa, são as seguintes as condições que determinam a punição como autor mediato, em consonância com a teoria do domínio da organização: o poder de mando, a desvinculação do ordenamento jurídico e a fungibilidade do executor imediato.

Posteriormente, Roxin veio a acrescentar um quarto requisito, o qual julgou dispensável em seguida: a considerável disposição do executor para atuar. Segue a análise de cada um deles.

Em primeiro lugar, para Roxin, autor mediato somente pode ser aquele que, dentro de uma organização rigidamente dirigida, tem autoridade para dar ordens e a exerce para que se dê causa ao delito, ou seja, tem poder de mando. Dessa forma, pode haver, nos distintos níveis de hierarquia, vários autores mediatos (ROXIN, 2006, p. 244).

Em segundo lugar, não apenas a organização deve ter uma estrutura interna rígida, em que o autor mediato exerce poder de mando, como deve estar orientada a fins contrários ao ordenamento jurídico.

Roxin considera esse requisito indispensável. No entanto, tal desvinculação do ordenamento jurídico não precisa se dar em todas as suas relações, mas sim no marco dos tipos penais realizados pela organização (ROXIN, 2006, p. 245).

São duas as manifestações típicas desses aparatos de poder desvinculados do ordenamento jurídico, segundo Roxin: organizações que ostentam poder estatal e que se valem dele para cometer delitos (ex.: estados totalitários) e organizações contrárias ao poder estatal (ex.: organizações criminosas).

Finalmente, uma característica essencial do domínio da organização por aparatos organizados de poder reside na fungibilidade dos executores imediatos do delito, isto é, na possibilidade de substituição dos que executam o tipo penal de forma imediata. Com isso, o delito se realizará independentemente de quem seja a pessoa do executor, ou seja, a execução das ordens do homem de trás é assegurada, em grande parte, precisamente porque há muitos potenciais executores disponíveis. A eventual negativa ou falta de um indivíduo não impede a realização do tipo.

Em artigo publicado posteriormente, Roxin acrescentou, como quarto pressuposto para o reconhecimento do domínio do fato, a relevante disposição do executor para a prática do fato criminoso.

Segundo ele, aquele que leva a cabo o último ato para a realização do tipo dentro de um aparato organizado de poder tem uma posição distinta do autor que isoladamente decide realizar o tipo por si mesmo. Em razão de integrar a organização, ele se submete a numerosas influências de ordem criminológica⁴ que o tornam “mais preparado para o fato” e aumentam a possibilidade de que as ordens que lhe são dadas sejam cumpridas, contribuindo para o domínio do fato pelos homens de trás.

No entanto, em seguida, o autor voltou atrás e declarou se tratar de elemento não essencial para a configuração da autoria mediata em aparatos de poder, uma vez que esse elemento indicaria uma valorização da vontade do executor, algo que não se coaduna com a ideia de fungibilidade.

De uma forma geral, o acerto da ideia de Roxin reside no reconhecimento da organização como realidade social e, com isso, não sealaria em *domínio do fato*, mas em *domínio da organização*. No entanto, em linha com a crítica que faz Silva Sánchez (2008, p. 33-34), ainda que se admita a possibilidade de aplicar a teoria do domínio da organização por aparato organizado de poder às entidades empresariais, a ideia de uma direção absoluta composta por pessoas onipotentes no topo da hierarquia não é realista, dada a complexidade da empresa moderna, a divisão do trabalho e a descentralização dos processos de decisão e ação.

Pelo contrário, numa empresa grande, com processos complexos de tomada de decisão, em vez de domínio da ação, os escalões superiores exercem uma função de coordenação. Em realidade, quanto maior se torna a organização, menor é o controle exercido pelos que se encontram em posição de comando, de forma que a responsabilidade destes recai sobre o controle dos riscos inerentes ao trabalho coletivo e à repartição de funções.

Raquel Lima Scalcon (2014, p. 202-203) apresenta com clareza o que considera os principais argumentos para afastar a possibilidade de aplicação dessa

4 “Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel. La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: ‘Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro’. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros prejuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada ‘por los de arriba’” (ROXIN, 2006, p. 247).

teoria às organizações empresariais. Para ela, uma empresa, na acepção do termo, jamais será um mero instrumento, uma mera engrenagem para o cometimento de delitos, ainda que venha a cometer alguns delitos. Isto porque, como regra, ela se move dentro do Direito. Assim, não faz sentido imaginar que os executores não resistam a uma ordem para delinquir, na certeza de que sempre estarão à margem de consequências jurídico-penais. Pelo contrário, é de se esperar que o executor tema que sua conduta seja descoberta e punida. Finalmente, não se pode falar nessa fungibilidade do executor, uma vez que as relações de trabalho têm como característica a pessoalidade. Dessa forma, não há certeza da realização da ordem para delinquir porque o funcionário que entra numa empresa não está implicitamente se comprometendo a cometer delitos.

Na realidade, o próprio Roxin rechaça a possibilidade de que sua teoria do domínio da organização, construída para delitos perpetrados por meio de aparatos organizados de poder, seja aplicada aos delitos cometidos no âmbito de uma empresa, em razão de entender que nem todas as condições erigidas pela teoria estariam presentes nesse caso⁵.

Assim, poder-se-ia dizer que a teoria do domínio da organização somente se compatibilizaria com a realidade empresarial caso a empresa preenchesse os requisitos a que alude Roxin, o que corresponderia a dizer que esta se transformara efetivamente em um mero aparato para o cometimento de crimes. Nesse caso, dificilmente se poderia ainda falar na existência real de uma empresa⁶.

Em contraste com esse entendimento que é majoritário na doutrina estrangeira, cumpre mencionar os argumentos utilizados por aqueles que en-

5 “Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario. [...] Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [Pflichtdelikte] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [Garantenstellung zur Wahrung der Legalität] de las acciones de la empresa” (ROXIN, 2006, p. 247-248).

6 Sobre a realidade brasileira, Luciano Feldens faz uma dura crítica ao que ele considera uma “progressiva rotulação de empresas lícitas – regularmente constituídas sob as Leis do país, com objeto social definido e alinhado às atividades econômicas efetivamente desenvolvidas – como ‘organizações criminosas’ [...] ante a circunstância de que determinado delito fora praticado por meio do corpo diretivo da respectiva pessoa jurídica. Um dos consectários lógicos decorrentes dessa gravíssima imputação já seria o bastante à constatação de sua impropriedade: a dissolução da ‘organização criminosa’ – algo de se esperar, quando efetivamente estivermos diante de uma espécie do gênero – apenas se atingiria mediante a dissolução da própria empresa. Esse movimento não representa coisa distinta que a criminalização da atividade empresarial no Brasil [...]” (FELDENS, 2012, p. 99-100).

tendem que é possível a aplicação da teoria do domínio da organização aos casos de criminalidade econômica, ainda que tal incidência não possa ocorrer de forma automática.

Para Bruna Dutra (2011, p. 232), o requisito de que a organização esteja desvinculada do ordenamento jurídico não é essencial para a configuração da autoria de escritório, visto que seria possível a detenção do controle do fato pelo homem de trás apenas com a satisfação dos outros dois requisitos (a existência do aparato organizado de poder e a fungibilidade dos executores imediatos). Isto porque, identificado o controle da empreitada criminosa por parte do dirigente da estrutura de poder, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo, a desvinculação do aparato em relação ao ordenamento jurídico não seria um pressuposto indispensável para a configuração do domínio da organização.

Dessa forma, dispensado o requisito da desvinculação do ordenamento jurídico, observa-se que a fungibilidade do executor se mostra determinante para que se conclua pelo funcionamento automático da organização e, por conseguinte, pela garantia de que as ordens dos escalões superiores para delinquir serão cumpridas.

Nesse sentido, se, por um lado, os críticos da teoria do domínio da organização consideram que a substituição automática (fungibilidade) do executor imediato não é uma característica das organizações empresariais, por outro, aqueles que reconhecem sua aplicabilidade nesse terreno acreditam que é possível que essa fungibilidade seja verificada em concreto⁷. E, assim, nessas hipóteses, seria possível imputar responsabilidade penal àquele que emite a ordem para delinquir, ainda que a empresa não possa ser considerada uma organização que atua à margem da legalidade.

Em que pese tal possibilidade, cumpre mencionar a ressalva que faz Bruna Dutra (2011, p. 232). Segundo a autora, não cabe a invocação da construção roxiniana para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca de sua contribuição ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento.

7 As ideias de Jesús María Silva Sánchez e Lorena Varela a respeito dos desvios cognitivos e das dinâmicas de grupo podem ajudar a compreender como essa fungibilidade dos membros de uma organização empresarial pode se dar concretamente. Segundo esses autores, as pessoas não são, nem individualmente nem em grupo, agentes perfeitamente racionais que calculam cada um dos seus passos. Pelo contrário, os agentes possuem uma dimensão racional e outra irracional. Assim, nas situações de grupo, os agentes podem se ver condicionados pelas chamadas forças situacionais, vindo a se comportarem de forma oposta à sua disposição interna, assumindo padrões de conduta do grupo. Por exemplo, podem vir a se conformar com algo que não concordam intimamente, obedecer às ordens justamente porque são emanadas de superiores ou porque acreditam que não serão responsabilizados, interiorizar seu papel dentro da estrutura de forma irreflexiva por se inserir numa cultura de grupo, entre outras formas de adaptação (SILVA SÁNCHEZ; VARELA, 2013, p. 266-280).

4 Teoria da instigação-autoria

A doutrina portuguesa, que inclui as obras de Jorge de Figueiredo Dias, acrescenta uma quarta forma de domínio do acontecimento criminoso, com fundamento no Código Penal português. Trata-se da figura da instigação-autoria.

Segundo essa vertente das teorias aplicáveis aos delitos de domínio, o homem de trás deteria o domínio do fato em virtude de dominar a decisão do homem da frente de cometer o delito. Assim, considera-se autor quem dolosamente instiga o executor direto, de forma determinante, a executar o delito. No entanto, cumpre mencionar que se exclui desse âmbito os casos em que o homem de trás se limita a incentivar, aconselhar ou sugerir a prática criminosa, uma vez que, nesses casos, tratar-se-ia de atos de cumplicidade, e não de instigação.

Susana Aires de Sousa (2009, p. 1013) considera que a figura da instigação-autoria pode, portanto, desempenhar um papel importante na criminalidade empresarial no nível vertical, isto é, especialmente nos casos em que o dirigente determina que o seu subordinado cometa uma prática criminosa.

Na realidade, têm-se empreendido muitos esforços para compatibilizar a teoria do domínio do fato com a criminalidade de empresa, algo que não faz sentido, uma vez que se dispõem de outros instrumentos mais adequados à realidade empresarial para tratar de autoria e participação.

De fato, avaliados os modelos teóricos até aqui apresentados, conclui-se que nada impede que, no âmbito da criminalidade de empresa, em se tratando de delitos de domínio, as diferentes vertentes possam ser aplicadas, conforme o caso, para resolver os problemas relacionados à autoria. Esquemáticamente, tem-se que: se aquele que recebe a ordem atua em erro ou por coação, a situação deve-se resolver no quadro clássico da autoria mediata; se atua determinado por seu superior mas de forma responsável, trata-se de um caso de instigação-autoria; se a decisão e a execução criminosa são conjuntas, haverá coautoria criminosa.

No caso de delitos de infração de dever, omissivos, culposos ou de mão própria, não será possível, nem mesmo necessário, invocar as teorias do domínio do fato para solucionar o problema da autoria, uma vez que a doutrina apresenta aportes teóricos mais adequados.

Optou-se por restringir as análises mais especificamente aos delitos de infração de dever e aos delitos omissivos. Dessa forma, as linhas mestras das propostas dos principais autores que tratam dessa temática são apresentadas resumidamente a seguir.

5 Delitos de infração de dever

Ao negar a aplicabilidade do critério do domínio aos delitos de infração de dever, Roxin (2006, p. 248) reconhece que tal dificuldade não deve impedir a imputação de responsabilidade penal por crimes econômicos ocorridos no contexto empresarial. Assim, propõe que se recorra a um modelo teórico específico, por ele mesmo desenvolvido, o qual seria mais adequado para fundamentar uma autoria dos cargos diretivos, atribuindo-lhes uma função de garante para salvaguarda da legalidade das ações da empresa.

Os deveres a que Roxin faz menção seriam aqueles deveres especiais, funcionais, originados de outros ramos jurídicos. No âmbito de empresa, seriam os deveres inerentes à gestão empresarial.

Roxin defende que, ante a prática de um delito de infração de dever, a autoria deve sempre recair sobre a figura do *intraneus*, detentor do dever especial, independentemente de indagação quanto à existência de domínio ou de outra causa de ordem naturalística. Sobre o *extraneus*, incidiria somente um dever genérico de respeito à norma, de forma que ele só poderia responder a título de participação.

Em outras palavras, autor é quem viola um dever especial e, em razão de sua relação com o conteúdo do injusto, é considerado a figura central do acontecer típico, independentemente do domínio que tenha sobre o fato.

Como se observa, diferentemente das teorias do domínio, o modelo teórico criado para os delitos de infração de dever possui caráter claramente normativo, sendo irrelevante, portanto, qualquer consideração a respeito da importância da contribuição do indivíduo para a determinação da autoria.

Também defensor da teoria dos delitos de infração de dever, Günter Jakobs foi o grande responsável por sua projeção, apresentando uma teoria permeada pela ideia de papéis sociais. Segundo o autor, a especial relação que se origina do papel ostentado pelo indivíduo na sociedade, decorrente do fato de ele pertencer a determinada instituição social, lhe confere certos deveres especiais. Um dado comportamento, portanto, somente terá relevância penal na medida em que frustrate a expectativa social que recai sobre o autor. Assim, nesses delitos a que ele denomina de *delitos de competência institucional*, a responsabilidade jurídico-penal estaria fundamentada na lesão desses deveres a que o indivíduo está especialmente obrigado (ORTIZ, 2011, p. 148).

6 Autoria por omissão

A partir do desenvolvimento das construções teóricas que buscaram resolver o problema da autoria nos delitos de infração de dever, muitos autores

passaram a criar construções próprias aplicáveis especificamente aos crimes de omissão imprópria.

Os crimes omissivos impróprios se situam dentro do espectro das infrações de dever, uma vez que se referem a comportamentos que só apresentam relevância quando há previamente um dever de agir para evitar um resultado típico. Esse dever de agir é, na realidade, um dever de garantia decorrente de uma cláusula que equipara a omissão a um delito comissivo.

Para muitos autores, essa fórmula pode ser transposta para a realidade empresarial. Isto porque a empresa seria uma fonte de perigo confiada ao dirigente, que tem deveres de vigilância e cuidado, em razão da ingerência. Criam-se riscos, dessa forma, que, se possível, devem ser contidos. Se o dirigente não o faz e o risco se concretiza em um resultado típico, pode ser considerado autor por omissão imprópria. Com mais razão ainda, poderá ser-lhe imputada tal forma de autoria se determina que um funcionário crie o risco e cause o resultado típico (SCALCON, 2014, p. 205-206).

Conforme a lição de Artur de Brito Gueiros Souza (2014, p. 113), Bernd Schünemann, em sua construção teórica chamada *domínio sobre a fonte de perigo*, acrescentou um requisito adicional sem o qual a omissão não seria penalmente relevante nessas circunstâncias. Para ele, a posição de garantidor só existe quando o autor da omissão exerce um domínio sobre a causa potencial do resultado ou o foco de perigo de lesão ao bem jurídico. Percebe-se, portanto, uma tentativa de compatibilizar elementos das teorias do domínio com o modelo da omissão imprópria.

Juan Antonio Lascurain Sanchez (2015, p. 276) trabalha a omissão imprópria dentro dos critérios da teoria da imputação objetiva. Assim, para esse autor, só caberá afirmar que a conduta típica tenha se realizado se o resultado puder ser objetivamente imputado ao comportamento do agente, isto é, se este comportamento (no caso, omissivo) tiver causado o resultado e se o agente o fez com a geração de um risco desaprovado que se concretizou no resultado.

Para imputar um resultado a uma omissão, portanto, será necessário que o omitente tenha um dever especial de cuidado, de evitação de um risco, risco esse que tenha se produzido no resultado.

No caso do dirigente de uma organização empresarial, Lascurain Sanchez defende que esse dever de cuidado ou de garantia decorre justamente do fato de que aquele empreende uma atividade produtiva. Como essa atividade supõe riscos para terceiros, quem a inicia será garante de seu controle.

No entanto, o empresário não é garante contra todos os delitos que podem ser cometidos a partir de sua empresa, somente daqueles que podem ser entendidos como expressão da empresa como fonte de perigo em si mesma.

Cumprir destacar que o dever do empresário pode ser delegado, o que provoca um efeito duplo: gera um dever de garantia para quem recebe a delegação e transforma o dever original de garantia do empresário em um dever de controlar, corrigir ou substituir aquele que recebeu a delegação, caso não realize adequadamente a função que lhe foi delegada. Assim, para o autor, se o delegatário não é supervisionado nem corrigido e comete um delito, o resultado poderá também ser imputado à omissão do empresário (LASCURAÍN SANCHEZ, 2015, p. 278).

Partindo dessas premissas, um administrador, por exemplo, poderá responder por um delito cometido em sua empresa se, dentro do âmbito em que o delito se desencadeou, omitiu-se em seu dever de garantia, não organizou bem a segurança de sua empresa ou não supervisionou aqueles a quem delegou tarefas.

A mesma fórmula pode ser usada para derivar a responsabilidade penal de outros órgãos dentro da empresa nas hipóteses em que tenham dever de garantia próprio ou delegado por terceiro, como os membros de órgãos colegiados, órgãos executivos, órgãos de assessoramento e órgãos de cumprimento.

Finalmente, ainda no contexto dos delitos omissivos, cumpre mencionar a posição adotada por Bernardo Feijóo Sanchez (2009, p. 39-44). Segundo ele, numa grande empresa, torna-se necessária a distribuição de papéis, a determinação de deveres de controle do risco e a delimitação de responsabilidades.

Com isso, embora a empresa tenha uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores, ela vai gerando, em cadeia, uma delegação de deveres parciais. Essa divisão de competência deve ser levada em consideração quando da imputação de responsabilidade penal aos membros da empresa.

Cumprir notar que o princípio da confiança autoriza partir do pressuposto de que os outros cumprirão os seus deveres de cuidado. Por essa razão, não é razoável esperar que um dirigente tenha domínio sobre tudo que acontece na empresa e responda de forma geral pelas ações e omissões de todos os empregados. Para o autor, o dirigente só responderá se não tiver cumprido os deveres gerais de organização e controle que permitem assumir a existência dessa confiança na atuação regular dos demais membros do grupo.

Entre outros motivos, a necessidade de cumprimento de tais deveres de organização e controle, para fazer frente a eventuais riscos de imputação de responsabilidade penal, tem levado muitas empresas a criarem seus próprios programas de cumprimento de regras de governança, códigos de conduta, políticas de orientação de empregados e sistemas de controle e comunicação interna de riscos. São os chamados programas de *compliance*, que hoje cobrem não somente os já tradicionais controles de riscos trabalhistas e tributários, mas se estendem aos riscos de natureza criminal.

Tais regras, na realidade, estabelecem os riscos permitidos de uma atividade e podem servir de parâmetro para a delimitação das responsabilidades e deveres de garantia mencionados acima. Ademais, visam a evitar o desenvolvimento de um ambiente criminógeno, por meio de medidas de autocontrole e prevenção da criminalidade empresarial.

Embora indispensável a menção a esse tema do *compliance* criminal, dada sua íntima relação com o que se discutiu até aqui, não se estenderá essa temática, por se entender tratar-se de algo que, em razão de sua complexidade e importância, merece um estudo mais aprofundado em separado.

7 Considerações finais

Com o propósito de analisar a questão da formulação de critérios para imputação de responsabilidade penal individual nos crimes de empresa, buscou-se fazer um apanhado das principais construções teóricas desenvolvidas nesse sentido. Assim, foram apresentados os tradicionais modelos que fundamentam a autoria no Direito Penal clássico, passando pelas teorias de domínio, até aquelas aplicáveis aos delitos de infração de dever, em particular os omissivos. Diante dessa exposição, algumas considerações finais merecem ser feitas.

Primeiramente, cumpre destacar a dificuldade que ainda permanece na doutrina em se fazer uma análise dos delitos cometidos no âmbito de uma empresa, dissociada da ideia de existência de uma organização criminosa. Esta é uma premissa que deve nortear qualquer tentativa de atribuição do título de autor de um delito a um membro da empresa, sob pena de se estar na realidade punindo o indivíduo por crimes que se acredita serem imputáveis ao ente coletivo.

Essa questão tem especial relevância no contexto brasileiro, uma vez que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é, em regra, possível, exceto quando se trata de crimes ambientais.

Em segundo lugar, cumpre destacar a importância de se perceber a dinâmica empresarial como uma realidade complexa, em que a vontade do coletivo nem sempre corresponde à vontade de seus membros individualmente considerados. Assim, não é possível compreender as condutas perpetradas no âmbito empresarial desconsiderando os desvios cognitivos que advêm da inserção do indivíduo nesse contexto.

Finalmente, as dificuldades que ainda existem para determinar os âmbitos de competência e, por consequência, de responsabilidade dos membros de uma empresa, reforçam a importância do desenvolvimento de políticas de cumprimento (*compliance*), de forma a tornar claros os processos que se desenvolvem no interior da organização, retirando esse véu de desconhecimento e incerteza atrás do qual muitas vezes se escondem atividades criminosas.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Direito penal econômico e financiero: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. In: BOTTINO, Thiago A.; MALAN, Diogo R. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, ano 102, p. 61-92, jul. 2013.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto; LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio; CORDERO, Isidoro Blanco; FERNANDEZ, Patricia Perez; MORENO, Beatriz Garcia. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología", de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiais de autoria e de participação no âmbito do direito penal secundário: exame da compatibilidade entre "domínio da organização" (Organisationsherrschaft) e criminalidade corporativa. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 181-210, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La "intervención a través de organización". ¿Una forma moderna de participación en el delito?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo, Buenos Aires: B de f, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; VARELA; Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, jul./set. 2014.

_____. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

A RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* E A TEORIA DO ATO *ULTRA VIRES*

CLAUDIO LUIZ DE MIRANDA

1 Introdução

A análise contemporânea de institutos clássicos muito relevantes no Direito Penal permitiu (e ainda permite) o enfrentamento de temas controversos acerca das características e contornos principais da responsabilidade penal do agente.

Com o avançar dessa complexidade em matéria penal, o Direito Penal Econômico alça voos antes inimagináveis, propondo o enfrentamento, em bases técnicas, da prevenção, responsabilização e penalização dos agentes econômicos em decorrência de atos ilícitos praticados no âmbito da atividade empresarial. Sobre o tema, Judite Lima e José N. Cruz (2013, p. 107) esclarecem que:

Até o surgimento do icônico discurso de Edwin Sutherland em 1949 sobre o *white-collar crime*, o interesse dos criminologistas centrava-se em estudar a criminalidade de rua, marcada por um cunho de violência e emotividade. Com o despertar das consciências para o crime de colarinho branco tem-se vindo a assistir ao inverter desta tendência na investigação científica.

Apesar de a realidade econômica sempre ter sido um elemento a influenciar a dogmática penal, após o século XX a interface entre tais elementos destacou-se no cenário internacional, conforme bem registra o Professor Artur Gueiros (2012, p. 105), ao dispor que:

Existem disposições que, desde épocas remotas, procuram reprimir infrações nas atividades econômicas, tais como fraudes no pagamento de impostos, usuras e açambarcamento de matérias-primas essenciais ou gêneros alimentícios. No entanto, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico, como conjunto de normas relativamente homogêneas e destacadas do Direito Penal nuclear, somente surgiu no século XX.

Nesse contexto de notável desenvolvimento da dogmática criminal, cumpre trazer à baila e, conforme o caso, adaptar institutos e teoremas típicos do direito empresarial, considerado o ramo jurídico por excelência destinado a disciplinar as relações estabelecidas entre o empresariado e os agentes econômicos em geral.

Inicialmente são apresentados, ainda a título introdutório, elementos relevantes, sob a ótica empresarial, da responsabilidade de administradores e executivos de sociedades por ações, com vistas a examinar os aspectos mais relevantes por detrás dos institutos aplicáveis.

Em seguida, o presente artigo se propõe a enfrentar de forma direta o tema do Direito Penal Econômico e sua interface empresarial, em especial no que se refere à incorporação e à reflexão, em parâmetros criminais, de duas importantes figuras da realidade empresarial recente: o administrador, cujos limites de responsabilidade cível e administrativa ao longo do tempo muito envolveram a discussão em torno da responsabilidade por atos *ultra vires* e, mais especificamente, o *compliance officer*, figura recente que tem movimentado a academia econômico-penal, sobretudo à luz dos últimos avanços da cultura de *compliance*.

Nessa linha, pretende-se tratar da influência da teoria *ultra vires* do direito empresarial como possível causa de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante a hierarquia e vigilância.

Apoiando-se nas linhas mestras e possíveis conclusões decorrentes da análise do invólucro jurídico que perfaz a estrutura empresarial, este artigo busca ingressar nas profundezas dessa estrutura, com vistas a apreciar as responsabilidades dos agentes envolvidos. Nesse contexto, destaca-se, principalmente, o estudo das funções, atribuições, deveres e responsabilidades do *compliance officer*, considerado o executivo responsável pelo cumprimento das funções de fiscalização e supervisão de responsabilidades e deveres no interior da estrutura empresarial.

Tal análise partirá do exame genérico das regras de responsabilidade penal de agentes por atos de terceiro, aprofundando a questão do garantidor, para, em seguida, adentrar no enquadramento do oficial como um garantidor e, por conseguinte, sujeito passível de responsabilização como autor do delito. Tal enquadramento trará, em contrapartida, a apuração das si-

tuações em que o profissional em tela contribui para a prática do delito, sem atuar como garantidor, contornando-se os requisitos necessários para a sua responsabilização enquanto partícipe de ilícitos penais.

Por fim, porém não menos importantes, são apresentadas as hipóteses irrelevantes para fins de configuração de responsabilidade penal do oficial, concluindo-se o estudo do tema.

2 Fundamentos das regras de responsabilidade

Diante do elevado poder dos administradores de companhias e das graves consequências diretamente relacionadas com a sua atuação, cabe à lei fixar rígido e bem organizado sistema de deveres e responsabilidades para tais executivos, como espécie de contrapartida ao amplo poder que possuem sobre a sociedade e seus acionistas.

Não bastasse o mencionado fundamento, de base prática, outra justificativa relevante para a configuração desse regime decorre da separação entre propriedade e poder nas sociedades. Com efeito, em se tratando de pessoa natural, com interesses próprios, é plenamente possível que o administrador possua interesses conflitantes com os da companhia, uma vez que seu poder não decorre da propriedade sobre ela, e os resultados dos seus atos serão absorvidos pela pessoa jurídica (CAMPOS, 2009)¹.

Nesse sentido, a fim de evitar a ocorrência de conflitos de interesses e, principalmente, com vistas a proteger acionistas e demais agentes econômicos que se relacionam com a companhia, cabe à lei fixar precisos parâmetros de deveres e responsabilidades para os administradores ao realizar a gestão da companhia.

Contudo, tais parâmetros não podem ser tão severos a ponto de afastar profissionais eficientes dessa função, uma vez que a companhia necessita de administradores para operar, não podendo dispensar a presença de pessoas sérias e honestas nesses cargos.

Daí decorre a necessidade de estabelecer um regime temperado de deveres e responsabilidades aos administradores das companhias com o objetivo de que sejam afastados os desonestos e protegidos os sérios, ainda que ineficientes, visto que o risco de insucesso é inerente ao mundo dos negócios.

Segundo a linha de entendimento predominante sobre o tema, a companhia possui caráter organicista, de forma que cada administrador deve ser

1 O tema diz respeito à relevante teoria da agência, que pode ser definida como contrato por meio do qual uma pessoa ou grupo de pessoas (principais) delegam poderes decisórios para uma ou mais pessoas (agentes) realizarem atividades ou serviços em seu benefício. Maiores informações, v. GORGA, 2013.

enxergado como um órgão da companhia. Assim, ao praticar atos em nome da sociedade, o administrador vincula a companhia aos termos e efeitos desse ato, como se a própria pessoa jurídica estivesse presente para implementá-lo, cabendo à sociedade responder pela respectiva obrigação.

Nessa linha, existe entre o acionista e o administrador uma relação de *fidúcia* (de confiança) de alta intensidade, uma vez que o administrador assume perante a sociedade obrigação de meio, e não de resultado, comprometendo-se a envidar seus melhores esforços e a agir no interesse da companhia, sendo os riscos e insucessos empresariais decorrentes desses atos de responsabilidade da própria sociedade.

A seguir, aprofundam-se as potenciais consequências das realidades acima destacadas, examinando-se hipótese disruptiva interessante acerca da aplicabilidade da teoria do ato *ultra vires*.

3 A teoria do ato *ultra vires*

Antes de analisar a situação específica da responsabilidade penal do *compliance officer*, cumpre tecer breves comentários acerca dos reflexos para a pessoa jurídica e para o executivo atuante na empresa quando da prática de atos contrários ou excedentes aos poderes e atribuições pertinentes ao administrador.

Cumpra aos executivos da empresa agir conforme o interesse e dentro do objeto da sociedade, deixando, por via de regra, de vinculá-la em caso de atos praticados em violação a esses preceitos. Nas palavras da doutrina comercialista, representada, por todos, na figura do Professor Sérgio Campinho (2014, p. 255):

Os limites de atuação do administrador são fixados pelo objeto social. Ultrapassado esse limite, ou seja, empregando o administrador a firma ou denominação social fora do seu objeto, verifica-se o abuso do nome empresarial, sendo o ato denominado de *ultra vires*. Pode ainda o gestor usar da firma ou denominação social para fins pessoais ou de terceiros, sem, entretanto, extrapolar o objeto social. Neste caso, caracteriza-se o uso indevido do nome empresarial.

Do ponto de vista societário, a doutrina mais antiga era uníssona em atestar a ineficácia dos atos *ultra vires* face à sociedade, baseando-se em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n. 68.104, de 23.9.1969, o qual dispunha que “a firma social não se obriga perante terceiros pelos compromissos tomados em negócios estranhos à sociedade”.

Todavia, tal entendimento foi sendo paulatinamente revisto, sobretudo à luz da teoria da aparência, com o escopo de proteção a terceiros que, de

boa-fé, negociam com a sociedade, a qual não pode se afastar do seu dever de zelar pelos atos praticados por seus administradores.

Nessa linha, o art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil passou a adotar uma via intermediária para o enfrentamento do assunto, prevendo que:

O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

A linha adotada pelo legislador no diploma normativo mencionado é objeto de críticas doutrinárias intensas, sobretudo daqueles que procuram distinguir, diante do caso concreto, as hipóteses de aplicação da teoria do ato *ultra vires* e da teoria da aparência, conforme melhor elucidado no item a seguir.

3.1 A teoria do ato *ultra vires* e a teoria da aparência

Importante distinção teórico-empresarial consiste no detalhamento dos aspectos inerentes à teoria da aparência, quando comparada à aplicação da já examinada teoria do ato *ultra vires*, uma vez que, até o advento do Código Civil de 2002, a doutrina dividia-se entre a aplicação dessas teorias.

Conforme esclarecido nas linhas acima, a teoria do ato *ultra vires* tem por fundamento o conceito de que os atos praticados por administrador fora do objeto social da sociedade são ineficazes perante esta, ressalvado o expressamente disposto no art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil.

De outro lado, a teoria da aparência, de forma geral, baseia-se no raciocínio de que o terceiro que contrata com administrador da sociedade (que se apresenta como tal e pratica atos aparentemente inerentes ao objeto da sociedade) tem o direito de cumprir o ato contratado, exigindo da sociedade que por ele responda. Nesse cenário, quando tudo leva a crer que o terceiro esteja realizando operação legítima com a sociedade, esta deve resguardar a boa-fé do terceiro, não podendo deixar de fazer cumprir o compromisso assumido por seu administrador sob a alegação de que excede o objeto social.

Atualmente, conforme disposto no item anterior deste artigo, o legislador optou pela adoção e implementação da teoria do ato *ultra vires* em sede de direito societário. Todavia, é importante ressaltar que, em vários países, esta teoria já foi abandonada e substituída pela teoria da aparência. Do ponto de vista penal, entende-se adequada à adaptação e incorporação dos conceitos inerentes à teoria dos atos *ultra vires*, tais quais apresentados no item anterior e aprofundados no capítulo a seguir.

3.2 A teoria *ultra vires* e seus potenciais reflexos criminais

Com relação aos aspectos penais, apesar de as conclusões acima serem inspiradoras, não se pode concluir pela vinculação necessária ao seu conteúdo, pois os espectros de responsabilidade são distintos em forma, procedimento e intensidade.

De todo modo, entende-se passível de adaptação ao apurar os limites para a alegação de *desconhecimento* por parte da pessoa jurídica. Explica-se: em se tratando de ato evidentemente estranho aos negócios da sociedade, ou, ainda, claramente incompatível com os poderes típicos de atuação do administrador, de fato, à sociedade não poderá ser imputada responsabilidade.

Entretanto, nos demais casos, ainda que estranhos ao objeto e ao interesse social, será de responsabilidade da sociedade, por meio de agentes próprios, fiscalizar e supervisionar a atuação de seus executivos, inclusive no que se refere à problemática em torno dos atos *ultra vires*.

Na seção a seguir, será estudada a atuação de um desses agentes, o *compliance officer*, e os contornos da sua responsabilidade penal.

4 A responsabilidade penal do *compliance officer*

Igualmente relevante é a questão atinente aos contornos da responsabilidade penal atribuível ao *compliance officer*, também conhecido como *oficial del cumplimiento* ou *gerente de compliance e conformidade*. Trata-se de tema atual e interdisciplinar por envolver conhecimentos jurídicos e de auditoria, compatibilizados para apurar, ao fim e ao cabo, quais os riscos jurídicos a que os profissionais indicados para esse cargo estão sujeitos.

O enfrentamento da questão envolve, preponderantemente, o exame analítico da matriz de riscos do profissional que exerce a aludida função, a partir da seguinte ótica: há responsabilidade penal por ato omissivo (pode ser responsabilizado por deixar de evitar a prática de ilícitos por parte de terceiros, administradores ou executivos da empresa da qual faz parte)?

Para tanto, serão aprofundadas nas linhas abaixo as seguintes temáticas, consideradas premissas para o enfrentamento da questão central mencionada acima: (I) o agente pode ser responsabilizado por delito praticado por outrem? (II) Em caso positivo, quais os parâmetros ou limites para essa responsabilização? (III) Se for positiva a resposta para a primeira indagação, a responsabilidade se dará a título de partícipe ou de coautor?

Após o aprofundamento dessas ideias, cumpre aplicá-las à específica situação do oficial, apurando, de forma detalhada, como as funções que lhe são atribuídas

impactam nessa conjuntura e qual o dever de atuação desse agente com relação a possíveis delitos praticados no ambiente jurídico-empresarial do qual faz parte.

4.1 A responsabilidade penal por omissão na empresa

O presente item se propõe a averiguar a possibilidade de imputação objetiva de responsabilidade ao oficial por resultados decorrentes da omissão em evitar a prática de ilícitos em sede empresarial.

Em regra, o sujeito é responsabilizado pelo delito a que der causa. Todavia, tal regra é “institución tan elemental como enganosa”, nas palavras de Lascuráin Sánchez, já que se mostra insuficiente para apurar a responsabilidade dos agentes, destacando-se, principalmente, as hipóteses em que o agente poderá ser responsabilizado pelos resultados decorrentes de riscos não permitidos. Além disso, não é razoável apenas atribuir-se responsabilidade penal por condutas ativas.

Com efeito, há omissões aptas a produzir resultados tão intensamente negativos como ações comissivas, cabendo ao Direito Penal também se preocupar com a apuração e penalização de responsabilidades por tais atos. Todavia, não são todos os atos dessa natureza que ensejam a imputação de responsabilidade penal.

Para fins de responsabilização penal, entende-se como premissa importante a verificação da possível e indevida não contenção do risco considerado não permitido que produziu o resultado desfavorável. Trata-se, assim, da hipótese em que o agente, apesar de possuir o dever especial de evitar o resultado, não age para fazê-lo, permanecendo inerte e violando, por conseguinte, um dever de garantia estabelecido pelo ordenamento jurídico.

A atribuição do aludido dever constitui preocupação muito importante, com vistas a assegurar a responsabilização de quem de direito por atos efetivamente imputáveis a sua esfera jurídica, o que suscita divergências intensas na doutrina especializada.

A par da conhecida discussão sobre o tema, destaca-se como fundamento para a atribuição de deveres de garantia a premissa de que o exercício da liberdade serve como pressuposto da responsabilidade. Sendo assim, três são as hipóteses: (I) atribuição de responsabilidade por *fontes de risco*, uma vez que o agente atua como originador de riscos relevantes na realidade da qual ele faz parte; (II) responsabilidade por inserir alguém em zona de perigo, que se materializa nas situações em que a conduta do agente repercute diretamente na vítima, sujeitando-a a um cenário de perigo; e (III) como exercício de uma faculdade de autoproteção ou dever de garantia.

Para o oficial, tema central deste artigo, a responsabilidade penal pelo descumprimento de um dever de garantia tem por origem a ocorrência de

uma delegação de poderes, aptos a ensejar, em sua origem, deveres de garantia; ou seja, o dever de garantia do oficial seria de natureza derivada, possuindo por fonte deveres do empresário passíveis de delegação ao oficial.

4.2 A delegação como fonte de deveres de garantia

Segundo a linha de raciocínio acima apresentada, a delegação serve como fonte relevante de dever de garantia, de tal forma que será garantidor o sujeito que, livremente, aceita a delegação de deveres legais de titularidade originária de outro garantidor. Para assegurar a justa aplicação desse entendimento, cumpre elucidar quais os requisitos e os efeitos desse mecanismo.

Com relação aos efeitos, destacam-se, principalmente, o fato de a delegação gerar um dever novo para o delegado, sem extinguir o dever do delegante, de forma que ocorre apenas a transferência do dever em tela. O delegante, portanto, permanece titular do dever de garantia, porém há alteração em seu conteúdo, passando a responder pela supervisão e vigilância do delegado.

Nesse cenário, as medidas para a fixação do dever que permanece para o delegante dependerão do tipo de atividade exercida (quanto maior o risco da matéria, maior o dever de supervisão do agente) e das características atribuíveis ao delegado (quanto mais qualificado tal agente, menor o dever de supervisão).

Por sua vez, os requisitos para tal delegação consistem em: (I) partes livres para delegar e para receber a respectiva delegação; (II) instrução com os meios mínimos para o exercício do dever de garantia (poder de influência material e direção pessoal); (III) seleção adequada do delegado; e (IV) impossibilidade de delegação daquilo que o ordenamento jurídico reputa indelegável (como exemplo, citam-se, no Direito brasileiro, os poderes atribuídos aos membros do Conselho Fiscal e da Administração, indelegáveis por força, respectivamente, dos arts. 161, § 7^o², e 139³ da Lei n. 6.404/1976).

4.3 A empresa como delegante

Premissa fundamental para que a delegação sirva como meio de atribuição do dever de garantia consiste na verificação, em efetivo, da posição do delegante enquanto garantidor: o delegado será garantidor somente se o delegante também o for. Nessa linha, é importante perquirir quais os deveres de garantia atribuíveis à empresa e, principalmente, as razões que orientam tal constatação.

2 *Verbis*: “§ 7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável”.

3 *Verbis*: “Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto”.

O empreendedor, ao dar início à atividade econômica, submete a riscos terceiros que venham a se relacionar, direta ou indiretamente, com a empresa, devendo responder por tal submissão. Portanto, o dever de garantia da empresa provém do fato de que o empreendimento origina ou assume fontes de risco, atribuindo-se ao empreendedor severos deveres de controle desse risco. Tais deveres funcionam, em última análise, como contrapartidas naturais ao livre empreendedorismo e à função socioeconômica da empresa, consubstanciando a posição de garantidor do agente econômico.

Evidenciando-se a existência dessa posição, cumpre esclarecer quais os riscos que o garantidor deverá tutelar. Nesse cenário, destacam-se os riscos inerentes à empresa (fonte de perigo em si mesma), relacionados aos impactos de sua atividade nos agentes ao seu redor (meio ambiente, segurança dos trabalhadores, consumidores etc.). Todavia, cumpre salientar que nem todo dever jurídico da empresa (previsto em lei) é um dever de garantia (o qual, por sua natureza, é especial, reforçado), cabendo ao intérprete, casuisticamente, apurá-lo.

4.4 A responsabilidade do oficial

Evidenciada a origem do dever de garantia do oficial, cumpre examinar os contornos jurídicos aptos a definir a que título responderá, como partícipe ou coautor, pelos atos praticados enquanto delegado de um dever de garantia atribuído pela empresa. Portanto, a partir dos parâmetros previstos acima para a responsabilização penal dos agentes envolvidos, busca-se costurar os entornos possíveis para a responsabilidade penal do oficial.

Em síntese, propõem-se os seguintes balizamentos: (I) responsabilidade como autor pelo delito que não impediu, apesar de figurar como garantidor e de seu elemento subjetivo corresponder ao necessário para a perpetração do ilícito; (II) efetivo e lícito recebimento de delegação de dever de garantia por parte da empresa, preenchendo os requisitos e produzindo os efeitos estabelecidos na seção anterior deste artigo; e (III) se não for garantidor, o oficial poderá responder como partícipe nas hipóteses em que o descumprimento de seus deveres contribuir, dolosamente, para a prática dos delitos apurados.

Nesse contexto, vislumbra-se a relevância de se apurar com precisão os contornos das funções atribuídas ao oficial, aptas a assumir perfis diversos, a depender do interesse e dos aspectos internos de cada empresa. Tais tarefas poderão envolver atividades normativas (relacionadas à promoção de políticas da empresa e de suas normas de conduta internas), de coordenação e supervisão, ou, até mesmo, de natureza sancionadora interna (recebimento de denúncias e instrução).

Portanto, cumpre apurar em quais hipóteses o oficial poderá ser responsabilizado a título de autor, em quais poderá ser-lhe atribuída responsabilidade enquanto partícipe e, por fim, quais as situações em que estará livre de responsabilidades.

4.5 A responsabilidade do oficial a título de autor

Para fins de apuração das situações em que o oficial poderá ser responsabilizado enquanto autor, cumpre apreciar quais das aludidas funções atribuídas a esse profissional constituem deveres de garantia aptos a ensejar tal responsabilização, caso seja constatado o seu descumprimento.

Nesse sentido, destacam-se as funções de supervisão desempenhadas pelo oficial, seguindo a lógica descrita a seguir: o empresário, garante primário do dever em tela, delega o dever de garantir a um executivo interno da empresa, que passa a atuar como garantidor secundário desse dever. Essa delegação tem por efeito alterar o conteúdo do dever originário atribuído ao empresário, de forma que ele passa a ser titular de um dever de vigilância, correção e substituição perante os demais agentes pertencentes à estrutura empresarial. Tal dever é passível de delegação ao oficial, que passa a atuar como supervisor da tarefa de segurança, fiscalizando a atuação dos executivos da empresa.

A possível função atribuída ao oficial de detectar perigos assumidos em excesso no interior da empresa configura-se como um dever de garantia, cabendo a ele conhecer os riscos e as medidas de cada risco permitido, sob pena de responder pelos atos atentatórios a essas medidas, sendo responsabilizado como autor pelos resultados daí decorrentes para a empresa ou terceiros a ela relacionados.

4.6 A responsabilidade do oficial a título de partícipe

De outro lado, haverá uma série de outras atribuições do oficial que não correspondem necessariamente a deveres de garantia, como, por exemplo, a função de detectar e investigar delitos ocorridos internamente na empresa. Ao descumprir tal dever, o oficial contribui para a prática do delito de terceiro; todavia, tal contribuição, por si só, não enseja a responsabilidade do oficial, já que, por se tratar de crime próprio, o terceiro que o comete deverá responder por seus resultados.

A responsabilização do oficial, assim, dependerá da constatação de elemento anímico específico, ou seja, do dolo, da consciência do oficial, prévios ao delito, que acabem, ao final, contribuindo para a sua implementação. Exemplo dessa situação seria o do oficial que decide não investigar um delito que está sendo praticado internamente na empresa ou em vias de ser implementado, apesar de ter conhecimento dessa prática.

Portanto, vislumbram-se, em linhas gerais, três principais espécies de responsabilização penal do oficial: (I) responsabilidade como autor nas hipóteses em que atua como delegado de garantia atribuída pelo titular da empresa e haja a prática de delitos que expressem os riscos decorrentes dessa mesma empresa; (II) responsabilidade como autor pelos delitos relacionados à violação das funções de supervisão por delegação e detecção de riscos (reconhecidos como deveres de garantia do agente); e (III) responsabilidade como partícipe, a qual poderá decorrer de sua falha na função investigatória, desde que dolosamente o faça, de forma prévia à ocorrência do delito em tela.

5 Considerações finais

A realidade econômica contemporânea exige a incorporação e reflexão, em parâmetros criminais, de duas importantes figuras da realidade empresarial recente: a do administrador, cujos limites de responsabilidade cível e administrativa ao longo do tempo muito envolveram a discussão sobre a responsabilidade por atos *ultra vires* e, mais especificamente, a do *compliance officer*, figura recente que tem movimentado a academia econômico-penal, sobretudo à luz do atual avanço recente da cultura de *compliance*.

A atuação do *compliance officer* é tão relevante quanto arriscada, por apresentar evidentes e relevantes riscos de responsabilização penal para o agente que ocupa essa posição. Tal relevância materializa-se na possibilidade, observados determinados contornos, de o agente em tela ser responsabilizado por atos omissivos quando constatada a quebra de sua posição como garantidor.

Em tese, três são as origens para o dever de garantia: (I) atribuição de responsabilidade por *fontes de risco*, uma vez que o agente atua como originador de riscos relevantes na realidade da qual ele faz parte; (II) responsabilidade por inserir alguém em zona de perigo, que se materializa nas situações em que a conduta do agente repercute diretamente na vítima, sujeitando-a a um cenário de perigo; e (III) como exercício de uma faculdade de autoproteção ou dever de garantia. No caso do oficial, o dever de garantia decorre da delegação de um dever de garantia originariamente assumido pelo empresário e pela empresa, visto que o exercício da atividade econômica representa *fonte de risco* adicionalmente atribuída à convivência em sociedade.

Premissa fundamental para que a delegação sirva como meio de atribuição do dever de garantia consiste na verificação, em efetivo, da posição do delegante enquanto garantidor: o delegado somente será garantidor se o delegante também o for. Nessa linha, é importante perquirir quais os deveres de garantia atribuíveis à empresa e, principalmente, as razões que orientam tal constatação.

Vislumbram-se, em linhas gerais, três principais espécies de responsabilização penal do oficial: (I) responsabilidade como autor, nas hipóteses em que atua como delegado de garantia atribuída pelo titular da empresa e haja a prática de delitos que expressem os riscos produtos dessa mesma empresa; (II) responsabilidade como autor pelos delitos relacionados à violação das funções de supervisão por delegação e detecção de riscos (reconhecidos como deveres de garantia do agente); e (III) responsabilidade como partícipe, a qual poderá decorrer de sua falha na função investigatória, desde que dolosamente o faça, de forma prévia à ocorrência do delito em tela.

- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMPOS, Luiz Antonio Sampaio. Seção V: Deveres e Responsabilidades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CAVALLI, Cássio. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- GORGA, Érica. *Direito societário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Montevideo: B de f, 2014.
- LIMA, Judite; CRUZ, José N. A dissuasão nos crimes de colarinho branco: a importância da celeridade processual. In: CRUZ, José N.; CARDOSO, Carla S.; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita. *Economic and financial offences: criminology and law studies*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Barcelona: Atelier, 2013.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial. Das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 54, p. 93-121, jul./set. 2014.
- _____. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2012.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA SOB O PRISMA DA CULPABILIDADE

JULIANA DE AZEVEDO SANTA ROSA CÂMARA

1 Introdução

Mês de março do ano de 2016. A operação *Lava Jato* – apelido dado ao maior caso de corrupção desbaratado no Brasil – deflagra uma nova fase, na qual foram apreendidos materiais no *setor de operações estruturadas* do Grupo Odebrecht. Trata-se de divisão criada na empresa como um setor contábil paralelo para gerenciar o pagamento de vantagens indevidas a servidores públicos em razão de contratos firmados pela empreiteira. O detalhe é que esse departamento de “*compliance às avessas*”, que contava inclusive com sistema de informática próprio, continuou a operar mesmo após a prisão do presidente da companhia, o que revela uma rotina criminosa incrustada na pessoa jurídica, com funcionamento praticamente automatizado (CONJUR, 2016).

Semelhante cenário revela a existência de um esquema de corrupção operado por pessoas físicas que, por serem meras peças de uma grande engrenagem, são facilmente substituíveis. De um lado, há a prática sistemática de crimes; de outro, há uma estrutura passível de operação independentemente de quem a integre. A responsabilização penal dos funcionários de tal departamento afigura-se insuficiente para prevenir a prática de novos delitos. *Quid iuris?*

Esse exemplo do mundo real suscita a reflexão acerca da responsabilidade penal da empresa. Embora não seja novo, o tema ainda figura em palcos

de intensos debates tanto no Brasil como em países estrangeiros. A vetusta parêmia *societas non delinquere potest* foi alçada ao posto de obstáculo à adequada tutela de bens jurídicos caros à sociedade contemporânea. Some-se a isso a existência de uma base teórica penal eminentemente individualista erigida nos países adeptos da *civil law*.

A compatibilização de demandas sociais com os alicerces teóricos do Direito Penal não prescinde de uma circunspecta análise de categorias dogmáticas, com o escopo de readequá-las ou mesmo reconstruí-las a fim de viabilizar a responsabilização penal de pessoas jurídicas. O escopo do presente artigo, pois, é abordar a problemática da responsabilidade penal da empresa tendo a culpabilidade como guia, por ser esta a variável mais complexa e mais plástica da teoria do crime.

Com o intuito de destacar a controvérsia que habita a matéria, cada subtema será introduzido a partir de um questionamento, de modo a causar uma inquietação no leitor e revelar a aridez do debate. Sem pretender esgotar as nuances do problema, refletir-se-á se pode a empresa cometer crimes, o que é culpabilidade e onde é possível “encontrar” a culpabilidade de empresas, a fim de que essas respostas, ainda que parciais, possam nortear as escolhas dogmáticas e político-criminais que devem ser feitas para assegurar a proteção suficiente de bens jurídicos caros à vida comunitária.

2 Pode a empresa cometer crimes?

A indagação que inaugura este texto pode parecer provocativa aos olhos do senso comum. Ora, sendo um crime a prática de uma conduta ou de uma postura omissiva contrária ao Direito, como admitir, no plano fenomênico, a ação de um ser etéreo, sem corpo?

Semelhante inquietação, entretanto, não orbita apenas o imaginário de pessoas sem conhecimento jurídico. Também no campo dos estudiosos do Direito, a temática da responsabilidade penal da empresa está imersa num cenário de controvérsias e suscita debates tanto sob o ponto de vista dogmático como sob uma perspectiva de política criminal.

Para compreender os alicerces teóricos da polêmica, faz-se mister percorrer um caminho reflexivo que transite entre os novéis paradigmas do Direito Penal e identifique o papel desempenhado pela empresa nessa conjuntura.

2.1 Novos paradigmas e déficits de prevenção do Direito Penal Econômico

A intensa transformação engendrada pelo desenvolvimento tecnológico e pela industrialização fez nascer um novo espectro de disfunções sociais

carentes de controle e insuscetíveis de pacificação pelas máximas do Direito Penal clássico. Novos bens jurídicos, de caráter supraindividual, passaram a demandar a intervenção do Direito Penal, sobretudo à medida que foram sendo constatados espaços de déficits de prevenção.

Na criminalidade econômica, verifica-se uma dispersão entre as atividades operacionais, a detenção de informações e o poder de decisão, que, no Direito Penal tradicional, enfeixam-se em um único indivíduo. Hodiernamente, grandes conglomerados econômicos participam ativamente da vida comunitária por meio de processos comunicativos e decisórios que se desenrolam em seu seio e diluem a responsabilidade individual, tornando praticamente impossível destacar, no ambiente corporativo, a conduta penalmente relevante de uma única pessoa natural.

Em outras palavras: a criminalidade econômica, não raro, acarreta o fracasso da imputação penal, já que, num contexto empresarial, há um descolamento entre o processo de tomada de decisão e sua efetiva implementação, inviabilizando a identificação do domínio do fato. O resultado ilícito verificado no mundo fenomênico advém de uma atuação pulverizada, por vezes fruto do funcionamento automático de uma estrutura preestabelecida, que trabalha sem a necessidade de uma instrução específica de alguém em posição de comando (ABANTO VÁSQUEZ, 2010, p. 177-178).

Nessa engrenagem, a empresa surge como um ambiente propício à prática de condutas delituosas. Eventos lesivos não podem ser identificados como fruto de uma atuação pontual, mas como um revés sistêmico e estrutural inerente à busca desenfreada por uma melhor lucratividade. Num panorama desse jaez, a responsabilidade penal exclusivamente individual típica do Direito Penal nuclear acaba consagrando vazios de punibilidade que criam uma espécie de *irresponsabilidade organizada*, mormente porque empregados são facilmente intercambiáveis, não afetando o desenvolvimento de eventual atividade criminógena no âmbito de uma pessoa jurídica. É dizer: a condenação de um preposto não necessariamente atinge o ponto nevrálgico do problema, que habita no funcionamento em si da empresa.

Semelhante diagnóstico revela a imperiosidade de implementar uma política criminal moderna, que não deixe margem a lacunas de proteção social em virtude do caráter difuso das vítimas da criminalidade econômica e da invisibilidade das lesões por ela causadas. Ao se debruçar sobre os ensinamentos do professor português Jorge Figueiredo Dias, Paulo César Busato (2012, p. 35) faz interessante reflexão sobre o papel contemporâneo do Direito Penal:

Evidentemente, como bem observa Figueiredo Dias, já não é mais possível ancorar a legitimação do direito penal unicamente sobre a estrutura ficcional do *contrato social*, salvo mediante o reconhecimento de

que não cabe nenhum papel ao direito penal na sociedade atual para a preservação das gerações futuras. Evidentemente, se entendido que ao direito penal ainda resta um papel na sociedade do risco, é preciso um ajuste discursivo para uma política criminal que, a um só tempo, não abra mão de garantias conquistadas ao longo do desenvolvimento dos freios do sistema punitivo, e se ajuste às necessidades atuais a respeito de quais os pontos em que efetivamente podem ser identificados ataques graves a bem jurídicos fundamentais. [Grifo no original].

Com efeito, os grandes escândalos financeiros visualizados nos últimos anos¹ evidenciam a danosidade social que os crimes econômicos podem acarretar e a inaptidão do Direito Penal tradicional para enfrentar esses desafios. A vetusta parêmia *societas delinquere non potest* não se adéqua à economia contemporânea, na qual deixar de se inscrever no cadastro técnico federal do IBAMA², por exemplo, não acarreta os mesmos danos que o derramamento de óleo no mar por uma empresa multinacional³.

Desse modo, o tratamento de condutas danosas protagonizadas por empresas no âmbito do Direito Civil e/ou Administrativo não contempla a função coercitiva exercida pelo Direito Penal, haja vista que esses outros ramos são influenciados por critérios de conveniência e oportunidade, sendo aplicados inclusive em ajustes firmados fora dos lindes do Poder Judiciário. O Direito Penal, por sua vez, possui um poder simbólico-comunicativo muito mais evidente e, por consectário, é dotado de maior eficácia na estabilização de expectativas sociais de condutas.

Considerando que a atividade – inclusive ilícita – dos funcionários de uma empresa geralmente se reverte em favor do ente coletivo, é de se pensar na responsabilidade penal da pessoa jurídica também quando não impedir a perpetração de um crime em seu benefício exclusivo por parte de uma pessoa física. Tal ideia, sustentada por Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 103), está em consonância com a conformação moderna da criminalidade.

2.2 O *ethos* da pessoa jurídica

Pensar sobre a possibilidade de um ente coletivo cometer crimes demanda a reflexão acerca da natureza da pessoa jurídica em si. Ao desvendar a essência da pessoa jurídica, assentam-se as premissas teóricas que revelarão todas as suas potencialidades fáticas e legais, inclusive na seara criminal.

1 Caso Enron (2001), Caso Siemens (2006), Caso Lava Jato (2014), Caso Volkswagen (2015), apenas para citar alguns exemplos.

2 Infração administrativa tipificada no art. 76 do Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008.

3 Conduta subsumível ao crime capitulado no art. 54 da Lei n. 9.605/1998.

A teorização mais remota acerca da personalidade jurídica coletiva ganhou voz pelas lições de Savigny. Cuida-se da teoria da ficção, que é estribada na ideia de que somente o homem pode ser sujeito de direitos, malgrado o ordenamento jurídico tenha o condão de suprimir a capacidade de alguns seres humanos e de estender tal capacidade a entes fictícios. Nesse diapasão, a pessoa jurídica é reputada um sujeito artificial a quem aflui patrimônio, porém incapaz de querer e de agir. Pode ser equiparada a um menor impúbere, cujos direitos são exercidos por intermédio de um tutor (RODAS, 2016).

De acordo com essa construção, um crime imputado a uma pessoa jurídica tem que ser reputado obra de uma pessoa física que a integra, já que o Direito Penal diz respeito ao homem enquanto ser natural. A corporação é um simples objeto e tem caráter meramente instrumental. Trata-se de uma concepção curiosa, haja vista que cria um ente que, por ser fictício, em verdade não é⁴.

N'outro giro, a teoria da realidade preconiza que todos os entes dotados de existência real podem ser considerados pessoas. O defensor mais aclamado dessa vertente, que desenvolveu a subteoria organicista, foi Gierke, o qual sustentava que a pessoa jurídica possui capacidade de querer e de agir, equiparável à da pessoa física. Tal capacidade é exteriorizada por meio de seus órgãos, os quais, aliás, estão imbuídos de uma vontade coletiva⁵.

Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 90-91), em feliz síntese, pondera ser “inescondível que a pessoa jurídica não é uma ficção, mas um verdadeiro ente social que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica”. Dotada de uma investidura e de um atributo, a pessoa coletiva é considerada capaz de vontade e de ação, circunstâncias essas de inegável relevância para o Direito Penal.

Javier Cigüela Sola possui uma concepção deveras interessante da pessoa jurídica, considerando-a um terceiro gênero entre humanos e objetos, um chamado *meta-sujeito*. Inspirado na filosofia de Hannah Arendt, visualiza a pessoa jurídica como um sujeito constituído por múltiplos sujeitos (seus membros) e por processos comunicativos, normativos e tecnológicos complexos. Para o autor, uma organização é mais do que a pura agregação de seus membros, refletindo um contexto de interação e condição estruturais vinculado a regras, dinâmicas e hábitos culturais onde atua e persegue seus objetivos sociais (CIGÜELA SOLA, 2016, p. 244).

4 Impende registrar que a teoria da ficção possui derivações que sofisticaram a concepção de Savigny, acrescentando-lhe novos ingredientes que, entretanto, mantiveram a sua espinha dorsal. Para um maior detalhamento, ver RODAS (2016).

5 A teoria da ficção possui diversos e variados tentáculos, assim como a teoria da realidade, cuja abordagem transcende os limites deste artigo, mas que foram bem delineadas por João Grandino Rodas (2016).

Cigüela Sola conclui que as pessoas jurídicas não são verdadeiros sujeitos, pois não são capazes de escolher por si mesmas aquilo que se tornam. Em outras palavras: as entidades coletivas possuem uma identidade, mas uma identidade que depende de um complexo processo que emerge da interação de seus membros. Ao mesmo tempo, as pessoas jurídicas não são simples coisas ou instrumentos, porquanto têm o poder de interagir e são capazes de desenvolver projetos que suplantam as capacidades individuais (CIGÜELA SOLA, 2016, p. 244).

Partidário da convicção de que a pessoa coletiva nasce e vive do diálogo de vontades e opiniões individuais de seus membros sem que com eles se confunda, Felipe Deodato (2010, p. 197) traça um cenário que consegue captar de forma assaz elucidativa o espírito da pessoa jurídica:

Os indivíduos ora deliberam e atuam com uma motivação vinculada a considerações de grupo, tomando atitudes que jamais adotariam em seu universo particular, onde se é forçado a admitir que, psicologicamente tais indivíduos se comportam como legítimos representantes do ente coletivo que a integram. Como entes, não são tomados em suas individualidades, razão pela qual os comportamentos devem então ser atribuídos ao próprio organismo coletivo.

Hodiernamente, o debate entre as teorias da ficção e da realidade já se encontra superado, porquanto se reconhece à unanimidade que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos (inclusive direitos de *status* constitucional), tendo sua vida civil inteiramente disciplinada pelo ordenamento jurídico. Nada mais natural, pois, do que se reconhecer às pessoas jurídicas a recíproca capacidade de assumir deveres, entre os quais o de prevenir a prática de crimes em seu seio e em seu benefício, sendo passíveis de reprimendas quando falham nesse mister.

2.3 Breve excurso no direito comparado

Desde o fim da Primeira Guerra Mundial, a tendência a responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de crimes tem ganhado força, ante a constatação de que as empresas passaram a ser uma ambiência propícia à prática de delitos econômicos, com graves consequências sociais⁶.

O estreitamento de fronteiras geográficas e econômicas ocasionado pela globalização inspirou a realização de diversos eventos⁷ e a firmação de vá-

6 Historicamente, é possível vislumbrar a punição de entes morais ainda nos séculos XII e XIII, em países da Europa continental. Cidades ou mesmo instituições eclesiásticas eram sancionadas, sobretudo em decorrência de disputas de propriedades, com penas pecuniárias, tomadas de reféns, saques de territórios, supressão de privilégios ou até mesmo com pena de morte civil (*mors civilis*) (MARINUCCI, 2008, p. 1177).

7 Citem-se os congressos promovidos pela Associação Internacional de Direito Penal em Bruxelas, no ano de 1926, e em Bucareste, no ano de 1929; o VI e VII Congressos Internacionais de Direito Penal,

rios tratados internacionais nos quais a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica foi abordada⁸, cujo escopo era construir um sistema legal apto a combater ilícitos penais de grande transcendência e atualidade.

Nesse contexto, cada país passou a empreender as necessárias inovações em seus ordenamentos jurídicos para matizar a nova realidade internacional com suas tradições dogmáticas, dando novas cores ao vetusto e até então universal preceito *societas delinquere non potest*. Um rápido passeio pelo direito comparado, ainda que sem pretensão de aprofundamento, tem o condão de fornecer um panorama mundial sobre o tratamento da matéria, edificando o cenário propício para a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Alemanha, cujos influxos teórico-dogmáticos exercem influência direta sobre o Direito Penal brasileiro, rejeita peremptoriamente a responsabilidade penal da empresa, por ser partidária de uma concepção de injusto focada no comportamento de uma pessoa física, não conseguindo enxergar a possibilidade de reprovação ético-social de uma coletividade. A responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de ilícitos é resolvida no âmbito do chamado direito contravencional, de natureza administrativa e, portanto, alheia ao escrutínio jurisdicional (SHECAIRA, 2011, p. 48-50).

Ilícitos perpetrados por pessoas jurídicas são reprimidos eminentemente por multas administrativas, também havendo a previsão, contudo, de sanções como confisco, apreensão de bens, restituição de vantagens e encerramento das empresas (SHECAIRA, 2011, p. 50). Sem embargo do vulto das multas aplicadas nesse âmbito, o alijamento do Direito Penal nesse sistema faz com que o caráter simbólico-comunicativo da repressão seja muito mais suave, esvaziando a função preventiva do sancionamento.

Na Itália, a vedação à responsabilidade penal da empresa tem assento constitucional, mais especificamente no art. 27 da Carta Magna italiana, o qual preconiza que a responsabilidade penal é individual. Todavia, por ser signatário de tratados internacionais que exortam a responsabilização de pessoas jurídicas por crimes cometidos em seu âmbito de atuação, o país buscou um novo sentido para a prescrição constitucional e construiu um *tertium ge-*

realizados em Roma, no ano de 1953, e em Atenas, no ano de 1957; a Reunião do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1977; o XII Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Hamburgo, no ano de 1979; o Congresso sobre Responsabilidade Penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário, ocorrido em Messina, no ano de 1979; o VI Congresso da Organização das Nações Unidas, em 1979; e o XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, no ano de 1994 (SHECAIRA, 2011, p. 22-24).

8 A título meramente exemplificativo, apenas sobre a temática de combate à corrupção, podem ser elencados: Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção OCDE); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OEA); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

nus entre a responsabilidade administrativa e a penal com a edição do Decreto Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001 (SARCEDO, 2016, p. 138-139).

O sobredito diploma legal alberga um catálogo de delitos cuja responsabilidade pode ser imputada ao ente coletivo, ensejando, contudo, a imposição de reprimendas de natureza administrativa. Curiosamente, tal responsabilização ocorre como fruto de um processo manejável perante um juiz criminal (competente para julgar os crimes análogos protagonizados por pessoas físicas), sob os auspícios de garantias penais e de critérios de imputação penais. O modelo italiano, nos dizeres de Fiandaca e Musco, representa uma verdadeira “fraude de etiquetas”, por se expressar por intermédio de uma roupagem penal, mas utilizar um rótulo de administrativo (FIANDACA; MUSCO, 2009, p. 165 apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 97).

Por seu turno, o Chile editou a Lei n. 20.393/2009, que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, premido pelo interesse de integrar a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A prática de crimes por pessoas jurídicas, entretanto, foi reconhecida tão somente face a um reduzido cardápio de infrações penais⁹, conquanto o regime jurídico estatuído pelo diploma legal possa ser extensível a qualquer espécie de delito (SARCEDO, 2016, p. 149-151).

No modelo chileno, a pessoa jurídica é responsabilizada quando o fato delituoso é levado a cabo, direta ou indiretamente, em seu interesse ou para seu proveito e em decorrência de um defeito de organização. É perceptível, pois, a influência de uma cultura de *compliance*. A lei chilena disciplina de forma minudenciada as penas aplicáveis às pessoas jurídicas e até mesmo o processo penal específico para tal.

Por fim, afigura-se percuciente aludir à Espanha, país em que o tratamento da temática foi evoluindo ao longo do tempo. Tradicionalmente, o direito espanhol reputava a responsabilidade da pessoa jurídica incompatível com o tratamento dogmático da ação e da culpabilidade, bem como com os propósitos da pena criminal. Em 2003, uma reforma legislativa iniciou uma quebra de paradigmas ao inaugurar no ordenamento jurídico espanhol a responsabilidade civil solidária da pessoa jurídica pelo pagamento de multa imposta ao sujeito delitivo que tivesse praticado um crime em nome ou por conta dela (ABANTO VÁSQUEZ, 2010, p. 204).

Posteriormente, a Lei Orgânica n. 5/2010 empreendeu uma alteração redacional no artigo 31 *bis* do Código Penal da Espanha, o qual passou a dispor

9 Sujeitam-se à incidência da Lei n. 20.393/2009 os seguintes crimes: lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, suborno ou corrupção ativa de funcionários públicos nacionais e estrangeiros.

que as pessoas jurídicas são penalmente responsáveis pelos delitos praticados em seu nome, em sua função ou em seu proveito, por seus representantes legais e administradores, de fato ou de direito. Rechaça-se, entretanto, a responsabilização penal de entes de direito público, entidades mercantis estatais, sindicatos e partidos políticos, haja vista a relevância de seu papel constitucional e a incapacidade de auto-organização. Grassa discussão doutrinária sobre o modelo adotado pelo legislador espanhol – se o da autorresponsabilidade, o da heterorresponsabilidade ou se um modelo misto –, cujas especificidades, ante a limitação do objetivo deste artigo, não convém aprofundar.

Com esse excursus, ter-se-á uma visão muito mais rica e contextualizada acerca da tensão entre os argumentos favoráveis e contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica que, até os dias de hoje, habita o cenário jurídico brasileiro e de cada um dos países acima aludidos, seja qual for a disciplina legal em vigor acerca da matéria.

2.4 O embate argumentativo acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Sem embargo de não constituir uma teorização propriamente nova, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma temática sobre a qual não paira consenso nem mesmo em ordenamentos jurídicos que albergam mandados de criminalização nesse sentido, como é o caso do Brasil e do art. 225, § 3º, de sua Carta Magna¹⁰.

A bagagem iluminista do Direito Penal clássico, porquanto marcadamente antropocêntrica, carrega a inclinação de rechaçar o manejo do aparato repressivo do Estado para sancionar um agente delitivo que não seja o homem como ser anímico, do mesmo modo que apregoa a utilização do Direito Penal como ferramenta de tutela a ofensas restritas a bens jurídicos individuais.

A responsabilização penal da pessoa jurídica, pois, é problematizada tanto sob um prisma político criminal, em que se indaga a idoneidade de se impor penas a entes coletivos, como sob uma perspectiva dogmática, na qual se questiona basicamente se a pessoa jurídica tem capacidade de ação, de culpabilidade e de pena e quais as espécies destas últimas.

Os aspectos político-criminais do tema já foram tangenciados nos itens anteriores, ocasião em que se expuseram o panorama da nova criminalidade econômica e a percuciência da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

10 Art. 225. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No que tange ao campo dogmático, a primeira objeção diz respeito à capacidade de ação. Para os críticos da matéria, a pessoa jurídica é carente de consciência e vontade em sentido psicológico, razão pela qual não tem capacidade de ação em sentido jurídico-penal, e, por consequência, não pode praticar atos típicos. Argumenta-se ainda que, por não ter vontade, o ente coletivo é incapaz de se arrepender.

Deveras, atos mecânicos são levados a cabo por indivíduos. Contudo, juridicamente falando, tais atos podem ser imputados ao ente coletivo se se considerar que os indivíduos são meros vetores de uma vontade e de uma atitude inerentes à própria pessoa jurídica. É a lei que dá o sopro de vida necessário à aquisição de relevância jurídica pela vontade, ainda que essa vontade seja cultivada no íntimo de uma pessoa física (DEODATO, 2010, p. 204). Logo, nada obsta que uma norma jurídica outorgue relevância ao querer do ente coletivo, em quem Laufer reconhece a existência de um *ethos* corporativo¹¹.

Quanto à capacidade de arrependimento, o escopo precípua da sanção na criminalidade corporativa é deflagrar a função preventivo-dissuasória do Direito Penal. No caso de empresas, pode-se vislumbrar uma modalidade de arrependimento ao se entronizar um programa de *compliance* destinado a evitar a prática de novos crimes, circunstância esta que será devidamente valorada quando de futura imputação penal.

A segunda categoria de críticas concerne a aspectos atinentes à pena. Objetava-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas fere o princípio da personalidade das penas, já que os efeitos da condenação atingem sócios minoritários que não concorreram para o delito, e censura-se o fato de serem inaplicáveis aos entes coletivos as penas privativas de liberdade, sanções penais por excelência.

É bem verdade que o art. 5º, inciso XLV, da Constituição brasileira preconiza que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, garantia essa que figura no rol dos direitos fundamentais. Todavia, é inegável que toda reprimenda penal acaba por atingir terceiros em ricochete. Uma evidência de que a pena lança seus tentáculos para além da pessoa do condenado é o auxílio-reclusão, benefício previdenciário previsto no art. 201, inciso IV, da Carta Magna e no art. 80 da Lei n. 8.213/1991, devido aos dependentes do segurado de baixa renda que é encarcerado. Do mesmo modo, o pagamento

11 Leciona William S. Laufer (2008, p. 129) que o *ethos* corporativo pode ser incluído sob a categoria geral da teoria do caráter empresarial. Essa teoria leva em consideração as características da empresa (políticas, estruturas e procedimentos) que levam seus empregados a delinquirem em nome e em representação dela. São três os pressupostos para que se configure o *ethos* corporativo: (1) a existência de uma política ilícita e de um agente que atue em conformidade com ela; (2) a prática de uma ação ilícita autorizada, ordenada ou apoiada por um alto diretor; (3) que a organização ratifique implicitamente a infração.

de uma pena de multa compromete o orçamento familiar, assim como o estigma social que recai sobre a pessoa do preso se espalha por membros de sua família. Logo, o princípio da personalidade das penas não configura um óbice intransponível à responsabilização penal da pessoa jurídica.

De outra banda, é forçoso reconhecer que a pena privativa de liberdade, mesmo em relação a pessoas físicas, vem perdendo o seu protagonismo. A par da Lei n. 9.099/1995, que criou um procedimento sumaríssimo para infrações penais de menor potencial ofensivo, tem-se o art. 44 do Código Penal, que determina a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos quando a sanção aplicada *in concreto* for inferior a quatro anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Logo, afiguram-se perfeitamente possíveis a previsão da prática de crimes por pessoas jurídicas e a infligência em abstrato de penas compatíveis com sua natureza, a exemplo de multa, confisco, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária, interdição definitiva, publicação da sentença condenatória, perda de benefícios fiscais, proibição de contratar com o Poder Público ou mesmo dissolução compulsória.

Por fim, o terceiro e mais polêmico óbice é o argumento de que não há responsabilidade sem culpa e, como a pessoa jurídica não tem consciência nem vontade, é impassível de culpabilidade, elemento essencial para a configuração de um crime.

É justamente aqui onde reside o corte epistemológico do presente artigo, cujo desiderato principal é analisar a compatibilidade da responsabilidade penal da empresa com a categoria da culpabilidade. Com esse objetivo, refletir-se-á primeiramente sobre tal categoria dogmática para, só num segundo momento, perscrutar respostas às críticas feitas sobre o ponto.

3 O que é culpabilidade?

A culpabilidade é uma das variáveis mais controversas da teoria do delito. Gestada num período de eticização do Direito Penal, a ideia de culpa surgiu como uma reação à sistemática vigente no direito europeu primitivo, onde a concepção de crime era basicamente a de uma ação que causava um dano a determinada vítima. A responsabilidade penal, pois, era objetiva, e a culpa era apenas o elemento que permitia atribuir um resultado danoso a alguém que seria condenado a repará-lo (DEODATO, 2010, p. 156).

No decorrer da Idade Média, a noção de culpa sofreu importante inflexão, haja vista que o delito deixou de ser visto como a causação de um dano a uma vítima específica e passou a ser vislumbrado também como uma afronta aos pode-

res do rei. Começou-se a enxergar na culpa um vínculo subjetivo do delinquente com o ato perpetrado e um pressuposto para a aplicação de uma punição justa (TANGERINO, 2011, p. 23-24 e 28).

Já no Iluminismo, o Direito Penal ganhou contornos mais humanitários e a culpabilidade passou a ser encarada como uma peça na engrenagem do delito, engrenagem esta que era movimentada pela atuação de um indivíduo livre e racional (TANGERINO, 2011, p. 47). Assim, a culpabilidade alcançou espaço fundamental na teoria do crime e a reflexão sobre o instituto passou a ser condição *sine qua non* para a compreensão global do direito de punir.

3.1 Reflexões preliminares

Ínsita à culpabilidade, reside a ideia de reprovabilidade como juízo de censura impingido ao indivíduo que pratica uma conduta penalmente sancionável. Essa reprovação, entretanto, não deve ser guiada por motivações religiosas ou morais, mas sim por fundamentos eminentemente jurídicos, cunhados a partir do contexto em que perpetrado o ato punível.

A pergunta acerca da possibilidade de agir de outro modo subjaz à aferição da reprovabilidade, que é pressuposto lógico para o diagnóstico da culpabilidade. Filosoficamente, a resposta a esse questionamento implícito orbita a zona de tensão entre determinismo e livre-arbítrio, como explica Ferrajoli (2006, p. 452):

Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc.), todo fenômeno – e, portanto, não só as ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realizá-las – é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas, numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo as hipóteses do livre-arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a faculdade de autodeterminar-se e são pais e donos de suas ações.

Tanto a concepção determinista como a do livre-arbítrio possuem lacunas intrínsecas. De acordo com a primeira, a vontade do agente é inexoravelmente condicionada por causas externas e independentes, de cariz biológico, psicológico ou cultural. O elemento psicológico do delito, pois, ganha contornos de veras ténues e o conceito de crime resta sobremaneira objetivado. A segunda concepção, por seu turno, ignora a hipótese de produção de resultados lesivos involuntários e sobrevaloriza o elemento subjetivo do delito. Ademais, é impossível comprovar empiricamente a capacidade de autodeterminação livre e ética.

Tais perplexidades motivaram a busca por outros fundamentos filosóficos para a culpabilidade. Hodiernamente, tem-se pensado este elemento do crime dentro de uma perspectiva de atribuição social de responsabilidade, como fruto de um processo de interação entre os membros de uma comunidade. Consoante o diagnóstico de Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 292-293),

[...] o homem é responsável por suas ações porque *vive em sociedade*, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível por respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento anti-social. [Grifos no original].

Num corpo social, as normas jurídicas são o produto de uma coordenação de interesses que visa acomodar regras de conduta para estabilizar as expectativas de cada indivíduo. Por meio da atividade legislativa, constrói-se um sistema em que cada cidadão possa ter conhecimento da postura que lhe é exigida, podendo evitar a adoção de comportamentos sujeitos a reprimenda penal.

Nesse contexto, o papel da culpabilidade consiste em servir de filtro à verificação da existência de defeitos na formação da vontade do autor de um injusto penal, seja no campo da capacidade de vontade, seja no do conhecimento do injusto ou mesmo na seara da exigibilidade (SOUZA; JAPIASSÚ, 2011, p. 237).

Ainda em sede de prolegômenos, faz-se mister atentar para o diagnóstico de Urs Kindhäuser de uma íntima ligação entre culpabilidade e democracia. Segundo o autor alemão, numa sociedade democrática, o indivíduo exerce um papel duplice: o de destinatário e o de autor de normas jurídicas. Esse último aspecto se justifica porque, enquanto cidadão de um Estado, o homem está habilitado para atuar na esfera pública por intermédio da manifestação de opiniões e do exercício do direito de sufrágio, obrando, ao menos potencialmente, na formulação das regras de conduta (KINDHÄUSER, 2009, p. 88).

Por consectário, o cidadão inserido numa sociedade democrática é alguém regido por uma *autolegislação racional*. Assim, ao violar uma norma de conduta, o autor de um delito contradiz a si mesmo como ser racional, e o fato punível é visto como uma autocorrupção ética (KINDHÄUSER, 2009, p. 86).

3.2 Os sentidos da culpabilidade

Enfeixam-se em torno do conceito de culpabilidade três diferentes sentidos. O primeiro deles concerne ao *elemento do conceito analítico de crime*,

o qual não se perfectibiliza sem a realização de um juízo de censura. Leciona Cezar Bitencourt (2012, p. 430) que, sob o ponto de vista dogmático, a atribuição de responsabilidade penal é um processo valorativo escalonado de imputação, em que o comportamento humano é analisado paulatinamente sob o prisma de cada uma das categorias teóricas que formam o delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

No que tange a esse primeiro sentido, pois, a culpabilidade funciona como uma variável a ser analisada para aquilatar a ocorrência de um ilícito penal e é identificada a partir da reunião dos requisitos da capacidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta.

O segundo sentido é o de culpabilidade como *elemento de determinação ou medição da pena*. Trata-se de um parâmetro balizador da dosimetria da pena pelo magistrado, sendo expressamente elencado no art. 59 do Código Penal brasileiro. Nessa acepção, a culpabilidade serve como fator limitador da sanção penal, garantindo que a reprimenda seja proporcional à reprovação merecida pela conduta do sujeito delitivo. Os conceitos de culpa e de pena, pois, estão intimamente imbricados.

Por fim, em um terceiro sentido, a culpabilidade é um *elemento delimitador da responsabilidade individual e subjetiva*, ou seja, constitui um óbice à responsabilização penal objetiva. De acordo com Ferrajoli (2006, p. 447),

nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Por conseguinte, a culpabilidade integra um dos axiomas (*nulla poena sine culpa*) que informam o modelo garantista do Direito Penal.

3.3 Desenvolvimento dogmático do conceito de culpabilidade

Uma breve incursão pelo desenvolvimento dogmático do conceito de culpabilidade revela-se percuciente na tarefa de semear o terreno no qual se pretende verificar a germinação da responsabilidade penal da empresa sob esse prisma, haja vista o relevante arcabouço teórico embutido nessa *viagem histórica*.

A teoria causalista da ação, de inspiração positivista, vislumbrava a culpabilidade como o vínculo psicológico entre o agente delitivo e o mundo exterior por ele modificado. A teoria psicológica da culpabilidade era erigida sobre dois pilares: a imputabilidade e a relação psicológica do autor com o fato. O primeiro pilar deve ser entendido como a capacidade geral e abstrata de entender o valor do fato e determinar-se de acordo com essa compreensão, podendo ser

excluída em situações de imaturidade ou doença mental do aparelho psíquico. O segundo pilar diz respeito à realização do fato típico, seja por consciência e vontade (dolo), seja por imprudência, negligência ou imperícia (culpa) (SANTOS, 2008, p. 283-284).

A concepção psicológica de culpabilidade não conseguiu explicar de forma satisfatória questões como a culpa inconsciente, na qual não é possível vislumbrar uma relação psíquica do autor com o resultado, porquanto o elemento intelectual não está imbuído de vontade. Problemas como o estado de necessidade exculpante ou coação moral irresistível também não foram bem equacionados.

O conceito psicológico de culpa sofreu os influxos axiológicos do neokantismo e do enfraquecimento do ontologismo e passou a considerar o juízo de reprovabilidade como um elemento da culpabilidade, ao lado do dolo e da culpa. Essa concepção, desenvolvida por Reinhard Frank, foi denominada de teoria psicológico-normativa e tinha na censurabilidade do ato o seu elemento preponderante. A aferição da culpa, destarte, passou a ser ultimada fora do agente, haja vista transcender o seu psiquismo.

Posteriormente, Beerthold Freudenthal forneceu importante contribuição à concepção psicológico-normativa da culpabilidade, ao erigir a ideia de inexigibilidade de comportamento consoante à norma como fundamento supralegal de exculpação (SANTOS, 2008, p. 285). Por conseguinte, para haver culpa, fazia-se mister detectar a possibilidade de o sujeito delitivo agir de outro modo.

Embora tenha constituído um avanço em direção à eticização da responsabilidade penal, a teoria em apreço não está indene a críticas. A um, porque desloca o juízo de valor sobre determinada situação fática da cabeça do agente para a do julgador, que é quem ao cabo fará o juízo valorativo prevalecente. A dois, e sobretudo, porque não explica a contento a problemática da criminalidade habitual ou por tendência, na qual o sujeito cresce num ambiente de tamanho desajuste social que não tem subsídios para desenvolver um projeto de vida ético e conforme ao Direito, por não conseguir distinguir o lícito do ilícito (DEODATO, 2010, p. 165).

O finalismo de Welzel engendrou um giro copernicano na estrutura do delito e, com isso, promoveu importante mudança na concepção de culpabilidade. O dolo e a culpa passaram a encontrar morada no edifício do tipo, e a culpabilidade passou a ser entendida, segundo Cezar Bitencourt (2012, p. 442), como “a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez”.

Aqui, o juízo de reprovação é perpetrado com base no parâmetro do *homem médio*, cunhado com o fito de standardizar o critério da exigibilidade de conduta

diversa. A vagueza do conceito de homem médio e a desconsideração das particularidades pessoais e sociais que orbitam sua existência acabam se tornando um foco de debilidade dessa construção teórica.

Arauto da corrente funcionalista teleológica-racional, Claus Roxin aglutinou ao elemento culpabilidade a categoria da responsabilidade. Para o professor alemão, ao passar uma conduta pelo filtro da culpabilidade, o que se deve perquirir não é a possibilidade de atuação de outro modo, mas a necessidade preventiva de cominação de uma reprimenda penal a um indivíduo concreto, sob um ponto de vista da política criminal (TANGERINO, 2011, p. 87-88).

Adepto de um funcionalismo mais extremado, Jakobs despiu a culpabilidade de seu conteúdo material e passou a defini-la como um juízo de constatação de infidelidade ao Direito, ou, nas palavras de Cezar Bitencourt (2012, p. 460), “do déficit de motivação jurídica, que deve ser punido para manter a confiança na norma violada”.

Em suma, a culpabilidade é um conceito em contínua evolução, que congrega diversas variáveis. Mais do que uma expressão do livre-arbítrio ou do que a exigência de agir de outro modo, a culpa é o poder de decisão de que dispõe o agente no que tange à prática de atos que têm o condão de tisonar o *ethos* social e são, por essa razão, normativamente vedados. Tais características, como se verá doravante, não são incompatíveis com a responsabilidade penal da empresa.

4 Onde encontrar a culpabilidade de empresas?

A reflexão acerca da culpa revela que o sistema penal, mormente em países de tradição romano-germânica, é edificado sobre uma noção de culpabilidade individual, o que suscita dificuldades para a fundamentação da responsabilidade penal da empresa. Sucede que, umbilicalmente associada às ideias de livre-arbítrio e de reprovabilidade, a culpa é um elemento empiricamente indemonstrável, o que traz desafios mesmo para a responsabilização penal de pessoas físicas.

Nesse diapasão, trabalha-se hodiernamente com a concepção de culpa como limite – e não fundamento – do poder punitivo estatal e como fenômeno social, e não mais individual. Isso significa que, sob uma perspectiva dialética, é a sociedade, num processo histórico e dinâmico, que delimita a elaboração conceitual de culpabilidade, ao identificar as condutas reputadas dignas de censura (DEODATO, 2010, p. 196).

Adotada essa compreensão, é possível compatibilizar a noção de culpabilidade com entes coletivos, como registra Felipe Deodato (2010, p. 188):

[...] a pressuposição que leva a um ente ser tomado como culpado pela prática de certo fato reside na motivação da norma, na motivação do proibido, do não permitido, na capacidade de perceber o que se pode ou não se pode fazer; de que a empresa é capaz de formular uma narrativa jurídica, de se comunicar, passar a imagem de ser vivente autor de comunicação e de interação.

Faz-se mister, entretanto, verificar quais são os mecanismos que permitem compatibilizar a dogmática penal com a figuração de empresas no banco dos réus, sobretudo para que, nessa condição, os entes coletivos respondam apenas por seus próprios injustos e não sejam alvo de uma responsabilização penal objetiva.

4.1 Modelos de imputação

O delineamento conceitual de uma culpabilidade corporativa enfrenta obstáculos teóricos em decorrência da tradição eminentemente individual do Direito Penal continental, que sofre a influência dos postulados da teoria finalista, cujos contornos são de difícil adaptação para a concepção de prática de ilícito penal por empresa.

Para vencer esse desafio, principalmente na perspectiva da categoria dogmática sob óculo, os penalistas têm burilado as teorias que visam fundamentar a culpabilidade de entes coletivos. A compreensão do desenvolvimento dessas teorias, entretanto, perpassa pela sedimentação dos contornos dos modelos de imputação de pessoas jurídicas.

Vislumbram-se três grandes modelos de atribuição de responsabilidade penal a pessoas jurídicas: o sistema vicariante ou de transferência de responsabilidade (responsabilidade por atribuição); o sistema de culpabilidade de empresa (responsabilidade por fato próprio); e o sistema misto (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 107).

A responsabilidade por atribuição é um modelo de heterorresponsabilidade, no qual o ato de um funcionário de uma empresa é imputado à pessoa jurídica, ensejando uma responsabilidade vicarial ou por ricochete. Assim, sempre que uma pessoa física cometer uma infração penal imbuída do objetivo de favorecer uma empresa, esta última será responsabilizada (SARCEDO, 2016, p. 107).

O acento, portanto, está no elemento de conexão entre a ação individual e a atividade do ente corporativo, numa sistemática análoga ao Direito Administrativo sancionador e inadequada ao Direito Penal, no qual vigora a máxima de responsabilidade pessoal. Cuida-se, portanto, do caminho mais fácil, porém mais desprovido de garantias, visto que abre margem a uma responsabilidade penal objetiva.

Bernardo Feijoo Sánchez identifica no modelo de heterorresponsabilidade um problema também de eficiência. É que, consoante essa sistemática, a empresa sempre responderá pelo ato ilícito, independentemente da correção de seu comportamento. Sob o ponto de vista preventivo do Direito Penal, tal arranjo não serve de estímulo à adoção de medidas preventivas, a exemplo de programas de *compliance*, enredando os entes coletivos numa espécie de “loteria penal” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, p. 150).

De outra banda, a responsabilidade por ato próprio é um modelo de autorresponsabilidade no qual a culpabilidade da pessoa jurídica advém de sua atividade e de seu comportamento social, aferidos tanto antes como depois da prática delitiva. Como ressalta Leandro Sarcedo (2016, p. 108),

é importante aferir se a empresa implementou, de fato, medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de sua atividade, pois isso influirá na sua responsabilização e poderá, inclusive, conduzir à sua absolvição ou mesmo mitigação da pena a lhe ser imposta.

Na sistemática da autorresponsabilidade, o elemento de conexão a ser perquirido figura entre o fato proibido e a própria entidade, não havendo que se falar em intermediários. Desse modo, corrigem-se os déficits de possibilidades de defesa do ente coletivo e leva-se em consideração a organização empresarial, permitindo que a pessoa jurídica responda apenas pelos fatos em razão dos quais pode ser recriminada.

Por fim, o sistema misto agrega características dos dois sistemas anteriores: parte do modelo vicarial para transferir à empresa um ato praticado por seu representante, mas leva em conta a postura empresarial para aferir se as medidas preventivas adotadas eram as exigíveis no caso concreto, sendo a sanção modulada ou o ente coletivo absolvido de acordo com o resultado dessa análise (SARCEDO, 2016, p. 109).

Outrossim, o sistema misto admite a responsabilização da pessoa jurídica quando é constatada a ocorrência de um fato criminoso mas não é possível imputá-lo a uma pessoa física determinada. Para tal, impende demonstrar a culpabilidade corporativa na consecução do resultado ilícito (SARCEDO, 2016, p. 109).

Semeado o terreno, parte-se para irrigação teórica da culpabilidade empresarial.

4.2 A busca de uma teoria da culpabilidade empresarial

Diversos são os autores que procuram fincar os alicerces de uma teoria da culpabilidade empresarial, e o fazem buscando inspiração no funcionalismo penal. Segundo a doutrina funcionalista, a culpabilidade está lastreada na

justificação social da pena, ou seja, possui um viés eminentemente preventivo (BITENCOURT, 2012, p. 457). Assim, as teorias da culpabilidade empresarial partem de um referencial normativo de culpabilidade, sobretudo porque o referencial psicológico é flagrantemente incompatível com a pessoa jurídica.

De modo bastante sintético, transitar-se-á sobre o pensamento de alguns doutrinadores com o intuito de angariar um cabedal teórico suficiente ao atingimento de uma conclusão acerca dos questionamentos propostos ao longo do presente artigo. Vários outros penalistas desenvolveram a temática, porém, ante a limitação de espaço, pinçaram-se construções bem ilustrativas e peculiares.

Pois bem. A definição do conceito de culpabilidade da pessoa jurídica começou a ganhar solidez a partir da contribuição de Klaus Tiedemann, que cunhou a ideia de culpabilidade por defeito de organização. Para o professor alemão, a pessoa jurídica será responsável pelos atos delitivos levados a cabo pelas pessoas físicas que a integram quando tiver se omitido na tomada de medidas de cuidado e de vigilância para evitar a prática de ilícitos no seio empresarial (TANGERINO, 2010, p. 42). Cuida-se, portanto, de um modelo de responsabilidade penal por omissão imprópria¹².

A proposta de Tiedemann é alvo de críticas de Carlos Gómez-Jara Díez, entre outros motivos, porque, ao exigir um elemento de conexão entre a atuação de uma pessoa física e a responsabilidade da pessoa jurídica, acaba por não resolver os casos mais problemáticos de Direito Penal Econômico. Tais casos são aqueles nos quais se desenha a *irresponsabilidade organizada*, haja vista a impossibilidade de identificar o autor concreto de determinada ação. Ademais, Gómez-Jara Díez ressent-se da ausência de previsão, na teoria de Tiedemann, de causas de exclusão de culpabilidade (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 527).

Por seu turno, Günter Heine protagonizou um importante avanço na teorização da culpabilidade empresarial ao cunhar um modelo em que a imputação de um delito à empresa é descolada da responsabilização penal da pessoa física. Trata-se da ideia de *culpabilidade pela condução da atividade empresarial*, na qual a responsabilidade penal da empresa advém não de um único fato concreto, mas de uma situação culpabilística que se reproduz continuamente. Em outras palavras: a culpabilidade da pessoa jurídica, para Heine (2008, p. 37), é resultado de um déficit de prevenção de riscos empresariais que se protraí no tempo.

12 Sobre o conceito dos tipos de omissão imprópria, lecionam Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2011, p. 209): “Os tipos de omissão imprópria, também denominados comissivos por omissão ou de omissão qualificada, são aqueles que se perfazem quando o omitente, pela posição especial em que se colocou, não evita a produção do resultado a que estava obrigado a impedir. Para essa categoria delitiva, a lei impõe ao agente não apenas o dever de motivar-se, mas, igualmente, o dever de atuar para impedir a ocorrência do evento desvalioso. Trata-se, conseqüentemente, de modalidade especial de crime material, isto é, de resultado”.

O raciocínio é que deve sofrer uma responsabilidade especial quem gera novos riscos sistêmicos, beneficiando-se deles, e quem dispõe de conhecimento e competências especiais, ou seja: a pessoa jurídica. Para imputar a culpabilidade de empresa, é preciso reconhecer a existência de uma *mentalidade de empresa* ou de uma cultura empresarial defeituosa. Não se trata de um desenvolvimento antropomórfico posterior do princípio da culpabilidade pessoal, mas de uma nova fundamentação originária, vinculada com a organização, do princípio sistêmico da culpabilidade. Está-se diante, enfim, de uma analogia (HEINE, 2008, p. 38).

Os pressupostos para a responsabilidade coletiva, na visão do autor, são a gestão defeituosa de riscos e a realização tipicamente empresarial do perigo. No lugar do domínio do fato do Direito Penal individual, aparece o domínio da organização. O domínio da organização afigura-se defeituoso quando a empresa desperdiça a oportunidade de adotar a tempo um remédio adequado ao risco ou quando, em situações de crise, não antecipa soluções tempestivamente. Exige-se a adoção de medidas organizativas horizontais, tendentes a uma adaptação estrutural dentro da empresa com vistas a uma minimização geral dos riscos. No plano vertical, cuida-se para que a delegação ou a alocação de competências não reduzam o nível de segurança (HEINE, 2008, p. 40).

De outra banda, Carlos Gómez-Jara Díez desenvolveu um sofisticado modelo de responsabilidade penal empresarial. Sua concepção foi edificada sob a influência do construtivismo operativo, corrente epistemológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Para a perspectiva operativo-construtivista, diversos sistemas gozam da capacidade de reproduzirem a si mesmos a partir de seus próprios produtos, ou seja, da capacidade de se renovarem autopoieticamente. Assim, enquanto o ser humano é um sistema psíquico que se reproduz com base na consciência, a organização empresarial é um sistema social organizativo que se reproduz com base em decisões, e o Direito é um sistema social funcional cuja reprodução tem lugar nas comunicações jurídicas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 148-149).

Outra base teórica do modelo cunhado pelo professor espanhol é o fenômeno social e jurídico da cidadania empresarial, traduzido no conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito. Na vertente formal, tal conceito faz referência à empresa sobre a qual recai o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito. Sob uma vertente material, por sua vez, o conceito diz respeito à participação da empresa no cenário público, isto é, põe acento na dimensão da cidadania e na potencialidade de o ente coletivo ser sujeito de deveres e de direitos, inclusive de índole fundamental. Ora, se a empresa participa de forma cada vez mais intensa na conformação de normas sociais e jurídicas, nada mais natural do que lhe reconhecer legitimidade para ser penalmente sancionada (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 150-155).

O modelo construtivista de Carlos Gómez-Jara Díez, em suma, foi edificado a partir do estabelecimento de equivalentes funcionais entre a teoria do delito para pessoas físicas e a teoria do delito para empresas. Assim, o autor não pretende adaptar as categorias do Direito Penal clássico à imputação de pessoas jurídicas, mas estabelecer critérios equivalentes a serem exclusiva e adequadamente aplicados a empresas.

Nesse diapasão, vislumbra três equivalentes funcionais da culpabilidade empresarial correspondentes aos três pilares da culpabilidade individual: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do Direito Penal e a capacidade de questionar a vigência da norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 38).

O primeiro equivalente funcional consiste no reconhecimento de que a esfera de autonomia de que goza uma empresa faz nascer um cidadão corporativo que tem a obrigação de manter uma cultura de fidelidade ao Direito. O segundo equivalente funcional reside no sinalagma entre a liberdade de auto-organização empresarial e a responsabilidade pelas consequências da atividade empresarial, significando que o exercício de uma liberdade (organizativa) engendra a responsabilidade pelas consequências negativas dessa liberdade. O terceiro equivalente funcional versa sobre a dimensão material da culpabilidade jurídico-penal, garantindo a possibilidade de a empresa intervir em assuntos públicos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 38-41).

É possível detectar resquícios da exigibilidade de conduta diversa no primeiro equivalente funcional, de imputabilidade no segundo e de potencial consciência da ilicitude no terceiro equivalente funcional, o que reforça a ideia de equivalência funcional.

Gómez-Jara (2008, p. 160-163) defende ainda que existem organizações empresariais imputáveis (com capacidade de culpabilidade) e imputáveis (sem essa capacidade). Tanto o sistema psíquico como o sistema organizativo devem desenvolver uma complexidade interna suficiente para poderem ser consideradas pessoas em Direito Penal. Assim, da mesma forma que uma criança não é imputável no Direito Penal individual até que seu sistema psíquico tenha alcançado um determinado nível interno de autoconsciência, tampouco a empresa pode ser considerada imputável no Direito Penal empresarial enquanto seu sistema organizativo não seja suficientemente complexo.

Impende destacar, ainda, que o professor espanhol reputa imprescindível a existência de categorias de exclusão da culpabilidade empresarial, como forma de evitar o assentamento de uma responsabilidade objetiva incompatível com um sistema penal democrático. Nessa seara, destaca-se a existência de um efetivo programa de *compliance*, que denotaria o compromisso da empresa de agir conforme o Direito. Ora, se a empresa possui um efetivo programa interno

de cumprimento normativo com o objetivo de balizar os riscos da atividade e prevenir a prática de ilícitos, não há como ser-lhe exigida uma atuação diversa. A inexistência de uma postura reprovável por parte da empresa dissipa a necessidade de imposição de uma pena, justamente por ausência de culpabilidade.

Por fim, Javier Cigüela Sola refuta a compatibilidade do conceito de culpa com a pessoa jurídica, por ser esta um sujeito desprovido de conhecimento, autonomia ou unidade, composto por outros sujeitos dos quais depende sua relação com o mundo social e com o Direito Penal. Segundo o autor, a tentativa de construir um conceito de culpa amoldável a entes coletivos finda por esvaziar o conceito de seu significado, uma vez que se torna necessário apagar a sua endoconsistência (CIGÜELA SOLA, 2016, p. 245).

Para Cigüela Sola (2016, p. 246), a pessoa jurídica não é um sujeito que comete crimes, mas um contexto que fornece as condições estruturais para que um delito seja perpetrado. Por consectário, em relação aos entes coletivos, o autor prefere trabalhar com o conceito de responsabilidade ao invés do de culpabilidade e vislumbra dois requisitos para aferir essa responsabilidade: em primeiro lugar, deve ser provado que a corporação excedeu os riscos permitidos de sua atividade; em segundo lugar, a responsabilidade deve ser graduada de acordo com a seriedade do defeito estrutural verificado e com o grau de influência deste defeito na prática do crime em si.

Na concepção de Cigüela Sola, a empresa pratica um *injusto objetivo*, uma vez que o delito é real e localiza-se no contexto de interação do ente coletivo, mas não foi pessoalmente gerado pela corporação, e sim progressivamente e em conjunto pelos membros que a integram. Conclui que a empresa deve sofrer os influxos de uma *responsabilidade estrutural* legitimada por critérios de justiça distributiva, haja vista ser razoável tornar a organização corresponsável pelo conflito quando forneceu o contexto criminógeno que favoreceu ou incentivou a prática do crime. Sustenta, entretanto, que esse tipo de responsabilidade deve integrar um subsistema do Direito Penal, dissociado do conceito de culpa individual (CIGÜELA SOLA, 2016, p. 247).

O panorama acima desenhado revela a diversidade de posicionamentos acerca da temática da culpabilidade da pessoa jurídica. A riqueza de fundamentos teóricos, cada qual com suas virtudes e gargalos, evidencia a atualidade e efervescência do tema da culpabilidade empresarial. Os modelos propostos, no entanto, tendem a convergir num importante ponto: admitem a responsabilização penal de empresas.

4.3 O tratamento da matéria no Brasil: *lege lata e lege ferenda*

Assentados os marcos teóricos que fundamentam a culpabilidade da empresa, é de bom alvitre perquirir como a matéria é tratada no Brasil. Em solo

pátrio, não há propriamente uma teoria do delito para empresas, lacuna essa provavelmente gerada pelo fato de, transcorridas quase três décadas desde a promulgação da Carta Magna de 1988, a doutrina ainda se digladiar acerca da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em que pesem as previsões cimentadas nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da *Lex Legis*¹³.

O art. 173, § 5º, da Constituição Federal brasileira prevê que

a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Por seu turno, o art. 225, § 3º, dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O primeiro dos supracitados preceptivos constitucionais é o mais polêmico, haja vista que o legislador não utilizou o vocábulo *penal*. Por consectário, os penalistas contrários à criminalização de fatos capitaneados por entes coletivos advogam que as punições compatíveis com a natureza da pessoa jurídica são aquelas oriundas do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Quiçá para evitar discussões desse naipe, ao editar a chamada Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) com o intuito de atender compromissos internacionais firmados pelo Brasil, o legislador ordinário circunscreveu a disciplina da responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira aos âmbitos administrativo e civil. Com isso, estatuiu a responsabilidade objetiva e alijou qualquer debate acerca da culpabilidade corporativa e da incidência, em relação às empresas, de garantias penais e processuais penais.

O segundo dos artigos constitucionais acima aludidos, por sua vez, alberga um mandado de criminalização expresso, cuja higuez nunca foi colocada em xeque pelas cortes superiores, que concentraram seus esforços no estabelecimento de balizas para a imputação de entes coletivos. Com efeito, sendo o art. 225, § 3º, da Constituição Federal fruto de uma decisão político-criminal do legislador constituinte, parece que as energias devem ser concentradas não na discussão acerca da constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, mas no estabelecimento de parâmetros garantistas inerentes ao direito penal de um Estado Democrático de Direito.

13 Apenas a título ilustrativo, registre-se que os principais nomes representativos desse embate são René Ariel Dotti, entre os que rechaçam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e Sérgio Salomão Shecaira, entre os que a defendem (SILVA, 2010, p. 296-303).

Após a promulgação da Lei n. 9.605/1998 – que versa sobre crimes ambientais e, em seu art. 3º, trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica –, durante muito tempo prevaleceu no Brasil a teoria da dupla imputação. Datam de 2005 ilustrativos acórdãos da lavra do Superior Tribunal de Justiça nos quais se assentou que a responsabilização penal da pessoa jurídica está condicionada à intervenção de uma pessoa física que atue em nome e em benefício do ente moral¹⁴. A consequência direta desse aforismo é que a ausência de identificação ou a impossibilidade de imputação da pessoa física que participou do evento delituoso inviabilizava a responsabilização da empresa.

Essa simultaneidade de imputação penal não deflui do art. 3º da Lei n. 9.605/1998 e acaba por patrocinar o retorno a uma odiosa responsabilidade penal objetiva, uma vez que, constatada a prática de crime pela pessoa física, o ente coletivo é automaticamente responsabilizado, numa engrenagem totalmente divorciada dos postulados do Direito Penal.

Em 2013, ao julgar o RE 548.181/PR, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o modelo da dupla imputação ao pontificar, em acórdão paradigmático, que a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais não está jungida à persecução penal de uma pessoa física. A identificação desta última é relevante apenas como forma de aquilatar se o indivíduo ou os órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade e se essa atuação ocorreu no interesse ou em benefício da entidade coletiva.

Nesse julgado, que ensejou a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Excelso Pretório reconheceu a existência de várias situações em que as responsabilidades internas pelo fato criminoso estarão diluídas ou parcializadas no âmbito da empresa, impedindo a configuração de responsabilidade penal individual. Declarou que o art. 225, § 3º, da Carta Magna, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental, visou evitar a impunidade pelos crimes ambientais levados a cabo no âmbito de empresas, antecipando a dificuldade de individualização de condutas individuais no interior de corporações.

A ministra Rosa Weber, relatora do feito, enunciou a necessidade de ou criar novos conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas, ou de readequar as categorias dogmáticas do Direito Penal clássico para aplicá-las a entes coletivos. Concluiu, ainda, que, mesmo que o legislador ordinário não tenha estabelecido os critérios de imputação de pessoas jurídicas por crimes ambientais, não se pode recorrer ao mesmo paradigma

14 Trata-se do REsp 564960/SC, julgado em 2.6.2005, e do REsp 610114/RN, julgado em 17.11.2005, ambos da relatoria do ministro Gilson Dipp.

utilizado em relação às pessoas físicas, cabendo à doutrina e à jurisprudência estabelecer esses parâmetros¹⁵.

À evidência, tal cenário cria uma indesejada insegurança jurídica, sobretudo porque incapaz de abarcar de forma igualitária e aplicável a todas as empresas criminalmente processadas as nuances da aferição da culpabilidade corporativa.

Por outro lado, é alvissareira a declaração da necessidade de se estruturar uma teoria do delito voltada à empresa, ao invés de tentar adaptar as categorias dogmáticas cunhadas para as pessoas físicas. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, além de refutar o modelo de heterorresponsabilidade, adotou expressamente o conceito construtivista de culpabilidade cunhado por Carlos Gómez-Jara Díez ao julgar a Apelação Criminal n. 0010064-78.2005.404.7200/SC, fazendo constar da ementa do acórdão a seguinte passagem:

7. Postulados do conceito jurídico-sociológico construtivista operativo de culpabilidade dando suporte à responsabilização autônoma da pessoa jurídica em relação aos seus representantes e ao executor material da prática criminosa, porquanto as organizações não estão compostas por indivíduos (a teoria dos sistemas visa a justamente romper com o paradigma individualista, superando a distinção ontológica ser/não ser), mas sim por comunicações, que lhes servem de equivalente funcional à consciência das pessoas naturais, conferindo-lhes a autorreferenciabilidade própria dos sistemas dotados de autopoiese¹⁶.

Demonstrado de forma muito sintética o atual tratamento da matéria pelos órgãos forenses nacionais, impende tecer algumas considerações *de lege ferenda*. É que está em tramitação o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, atinente a uma proposta de reforma do Código Penal Brasileiro.

O anteprojeto pretende inserir um art. 41 no Código Penal determinando a responsabilização penal de pessoas jurídicas de direito privado por atos praticados contra a Administração Pública, a ordem econômica, o sistema financeiri-

15 Em razão do notável poder de síntese, transcreve-se o resumo de Leandro Sarcedo (2016, p. 123) acerca dos critérios de imputação enumerados pela min. Rosa Weber no RE n. 548.181/PR: "I) é necessário verificar se o ato apontado como delituoso decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação e se as instâncias decisórias internas foram observadas; II) constatar se houve ciência da pessoa jurídica, por meio de seus órgãos internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve aceitação ou mesmo inércia em não o impedir; III) examinar se a atuação delituosa estava de acordo com os padrões e objetivos da empresa e visava a atingir seus objetivos sociais, tendo sido realizada em seu nome; IV) evidenciar que o fato foi cometido no interesse ou benefício do ente coletivo, possibilitando o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro (s)".

16 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 0010064-78.2005.404.7200/SC. Relator: VAZ, Paulo Afonso Brum. Publicado no DE de 12 set. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5079569>. Acesso em: 21 set. 2016.

ro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. O parágrafo primeiro do aludido dispositivo consigna expressamente que a responsabilidade das pessoas jurídicas não é dependente da das pessoas físicas, sepultando de vez a teoria da dupla imputação.

5 Considerações finais

A criminalidade econômica possui traços tão peculiares que desafia a dogmática penal nuclear. Conquanto produza danos sociais incalculáveis ao vulnerar bens jurídicos supraindividuais, a dinâmica delitiva incrustada na atividade empresarial dificulta a imputação penal, haja vista que a ação penalmente relevante não é exteriorizada por um único ato nem por um único indivíduo, mas é resultado de um processo em que cada pessoa figura como uma peça de uma grande engrenagem. Apenas o produto desse aparato coletivo é que vai configurar um delito, pois, não raro, o fruto de uma etapa isoladamente considerada não reúne todos os elementos típicos.

Tal diagnóstico, aliado à premente necessidade de adotar mecanismos preventivos de evitação de crimes econômicos, aponta para a percuciência da responsabilização penal dos entes coletivos, cercada de todas as garantias inerentes ao Direito Penal. Sem embargo da polêmica que orbita o tema, é pueril afirmar, nos dias de hoje, que a pessoa jurídica é um ente fictício, mormente porque o ordenamento jurídico reconhece-lhe uma gama de direitos. Nada mais natural, portanto, que o usufruto desses direitos tenha como outra face o cumprimento de deveres jurídicos, com a utilização de meios coercitivos típicos do Direito.

O problema imanente à responsabilidade penal de empresas, pois, é sua compatibilização com a teoria do crime. Esse impasse é resolvido com a análise de como um ente coletivo pode protagonizar uma conduta típica, ilícita e culpável. Assim, a resposta à pergunta posta no primeiro item do presente artigo carece da prévia resposta aos questionamentos formulados nos dois itens subsequentes.

Viu-se que a culpabilidade é o elemento mais complexo da teoria do delito e que, ao longo do tempo, sofreu – e vem sofrendo – as mais candentes revisitações. De forte conteúdo ético e indissociável da ideia de reprovabilidade, a noção de culpa oscilou historicamente entre concepções ora objetivas, ora subjetivas, cada qual com suas limitações intrínsecas. Hodiernamente, o conceito de culpa é vislumbrado como critério de atribuição social de responsabilidade, prevalecendo uma perspectiva eminentemente normativista. Em que pese a ausência de unanimidade no ponto, a indagação sobre o que é culpabilidade pode ser respondida como sendo a categoria do delito que serve de parâmetro na checagem da existência de vícios na formação da vontade do autor

de um ilícito penal. Esta checagem, frise-se, deverá se concentrar na aferição da capacidade, conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade de uma empresa passa a ser algo palpável a partir da constatação de que o ente coletivo adquiriu um certo protagonismo no espaço social, passando a ser vetor de processos comunicativos contínuos e interações que o individualizam e o *autorreferenciam* no contexto social. Entrementes, embora a atuação de uma empresa seja externada a partir do conjunto das atividades capitaneadas pelos indivíduos que a compõem, essa atuação goza de autonomia, sobretudo diante do fato de serem os empregados intercambiáveis.

A concepção moderna da categoria da culpabilidade privilegia aspectos sociais em detrimento da psique, de modo que o conceito não está jungido a características inerentes a pessoas físicas. Aliás, mesmo em relação a *seres humanos*, elementos como capacidade, autonomia e livre-arbítrio só ganham relevância jurídico-penal quando mediados pelo Direito, não havendo espaço para ontologismos.

Por conseguinte, a noção de culpa não é incompatível com a responsabilização penal de empresas, inobstante não possa ser trabalhada com os mesmos contornos da culpabilidade incidente sobre pessoas físicas. Logo, a culpabilidade de empresas pode ser encontrada no modo como está organizada a estrutura corporativa e nas regras deontológicas que informam o funcionamento do ente coletivo.

Assentadas essas premissas, sendo a empresa uma realidade diversa do mero somatório dos indivíduos que a compõem e constituindo uma ambiência favorável à prática de delitos, a pergunta proposta no primeiro item deste artigo deve ser respondida afirmativamente: sim, a empresa pode cometer crimes. Faz-se mister, entretanto, burilar a compreensão das categorias dogmáticas do delito para adequá-las a essa missão, sob pena de se manejar um direito penal incoerente. Para tal desiderato, a ideia de equivalentes funcionais de Carlos Gómez-Jara Díez revela-se promissora e começa a encontrar eco no Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del derecho penal? In: CABALLERO CASTILLO, José Francisco; RUIZ SOLÍS, Harold Joseph (Coord.). *Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal*. 7º CONADEPC. Lima (Perú): Ara, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 564960/SC. Relator: DIPP, Gilson. Publicado no *DJ* de 13 jun. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=564960&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 610114/RN. Relator: DIPP, Gilson. Publicado no *DJ* de 19 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=610114&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 548181/PR. Relator: WEBER, Rosa. Publicado no *DJe* de 30 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 0010064-78.2005.404.7200/SC. Relator: VAZ, Paulo Afonso Brum. Publicado no *DE* de 12 set. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5079569>. Acesso em: 21 set. 2016.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.

CANÁRIO, Pedro. TCU afasta cláusula de delação da JBS e cita Joesley em processo sobre BNDES. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-05/tcu-afasta-clausula-delacao-jbs-cita-joesley-bndes>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

CIGÜELA SOLA, Javier. Collective organizations as meta-subjects: from collective guilt to structural responsibility paradigm. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Giessen, n. 4, p. 242-247, 2016. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_4_1006.pdf>. Acesso em: 2 set. 2016.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito penal econômico*: a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas. Curitiba: Juruá, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 135-176.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. La culpabilidad penal (própria) de la persona jurídica. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley Actualidad, 2013. p. 501-543.

_____. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: _____ (Org.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 141-194.

GRUPO ODEBRECHT É ALVO DE NOVA FASE DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/grupo-odebrecht-alvo-fase-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 22 set. 2016.

HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: _____ (Org.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 17-53.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 78, p. 75-92, 2009.

LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 123-140.

MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1173-1199.

MARTINS, Antonio. Culpabilidade como instituição política: um esboço. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 389-404.

RODAS, João Grandino. Em seu conjunto, as teorias desvendam a pessoa jurídica. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-17/olhar-economico-conjunto-teorias-desvendam-pessoa-juridica>>. Acesso em: 18 set. 2016.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William Terra de [et al.]. *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 349-357.

SILVA, Luciano Nascimento. *Teoria do direito penal econômico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 86, p. 36-60, set./out. 2010.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 17-18, set. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dir.) et al. *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Montevideo: B de f, 2014. p. 35-88.

O DOLO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

HUMBERTO SOUZA SANTOS

1 Introdução

Se há algo sobre a lavagem de dinheiro que é consenso por quase o mundo inteiro é o entendimento de que se trata de um dos comportamentos de tipicidade penal mais complexa e polêmica, tanto em relação à sua estrutura dogmática quanto à sua verificação probatória pela prática forense. Isso se deve em grande parte à própria natureza de seu mecanismo delitivo, que exige a realização de uma conduta em razão da prática anterior de outras condutas autonomamente consideradas crimes, com o fim de promover uma aparente falta de vínculo ou distância de ativos originados justamente da prática desse(s) delito(s) prévio(s), para que possam ser gozados como se lícitos fossem (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 21). A própria denominação do crime, disseminada internacionalmente, é uma metáfora desse mecanismo peculiar e sofisticado, que expressa um cenário de lavagem ou limpeza de um dinheiro previamente considerado sujo (SILVA, 2001, p. 33), como, por exemplo, a expressão de língua inglesa *money laundering*, de língua francesa *blanchiment d'argent*, de língua espanhola *blanqueo de capitales* ou *lavado de dinero*, de língua alemã *Geldwaschen* ou *Geldwäscherei*, de língua italiana *riciclaggio di denaro sporco* e de língua portuguesa *branqueamento de dinheiro*, *lavagem de dinheiro* ou *lavagem de capitais* (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 773). Tais termos se adéquam à própria origem criminológica de seu reproche, que remete às máfias dos Estados Unidos da década de 1920, as quais utilizavam lavanderias para ocul-

tar o ingresso de valores decorrentes de seus empreendimentos delituosos (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 29).

No Brasil, a própria Lei n. 9.613/1998 adotou, ainda em sua primeira versão antes da reforma produzida pela Lei n. 12.683/2012, a descrição típica de “ocultação ou dissimulação de bens, direito ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade” (BARROS, 1998, p. 5). Foi estabelecida, assim, uma abrangência de toda espécie de ativos e uma ampliação de sua incidência para além do que a denominação do delito poderia sugerir (PITOMBO, 2003, p. 35). Também não se chegou a um acordo sobre qual bem jurídico o delito de lavagem de dinheiro efetivamente protege. O entendimento predominante considera a ordem econômica ou socioeconômica (PITOMBO, 2003, p. 77), a partir do argumento de que a injeção dos ativos ilícitos no sistema financeiro formal põe em perigo o sistema econômico-financeiro nacional e pode ocasionar graves consequências, como, por exemplo, o comprometimento do fluxo normal de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). Trata-se, portanto, da proteção de interesses relativos a uma normal ordem econômico-financeira (CALLEGARI, 2008, p. 82). Um segundo entendimento sustenta que o bem jurídico é o mesmo do crime antecedente, violado uma vez mais ou lesado de maneira mais intensa (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774) e que pode ser utilizado de novo para a prática de delitos (WELTER, 2011, p. 152). Também há a posição de que é a *administração da justiça*, uma vez que a conduta não apenas dificulta a identificação da origem ilícita dos ativos, mas sua recuperação e a efetiva punição dos seus autores, o que prejudica o funcionamento da justiça (MAIA, 2007, p. 57). Existem também aqueles que defendem que o delito é *pluriofensivo*, por atingir diferentes bens jurídicos, ou seja, a ordem econômica, a administração da justiça e o próprio bem jurídico protegido pelo crime antecedente (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774). E, por fim, há a posição de que inexistente bem jurídico e a legislação adota conceitos vagos que impossibilitam o esclarecimento do que realmente busca proteger (MARTINELLI, 2011, p. 101-102).

Apenas a discussão sobre qual seria o bem jurídico protegido já demonstra as imensas dificuldades que o delito oferece. O presente artigo, contudo, limitar-se-á a examinar somente uma de suas muitas questões espinhosas: a forma em que seu tipo subjetivo pode se manifestar, notadamente o dolo. Para tanto, antes de se chegar ao aspecto subjetivo propriamente dito, será realizada uma análise sobre seu plano objetivo, com o fim de delimitar os dados e as características objetivas sobre os quais os elementos subjetivos devem incidir, o que será feito a seguir, sem a pretensão de se aprofundar em seus problemas mais específicos para que não sejam extrapolados os limites deste estudo.

2 O plano objetivo da lavagem de dinheiro

2.1 Os elementos típicos objetivos no Direito Penal brasileiro

O tipo previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, mantido pela Lei n. 12.683/2012, prevê as condutas de *ocultar* ou *dissimular* “a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”. *Ocultar* significa esconder, tornar alguma coisa inacessível, impossibilitar que seja conhecida sua situação jurídica e promover a ignorância sobre as características essenciais dos ativos, ao passo que *dissimular* tem o sentido de encobrir com astúcia, disfarçar com a finalidade de que seja garantida sua ocultação, ou seja, é uma ocultação adjetivada, concretizada por meio do emprego do engano, do disfarce, de uma técnica que permite esconder com astúcia os ativos decorrentes dos delitos antecedentes (CALLEGARI, 2003, p. 120).

Até a entrada em vigor das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012, o texto original da Lei n. 9.613/1998 previa um rol de crimes antecedentes que limitava as hipóteses de lavagem de dinheiro puníveis. Isso ocorria em relação à origem do capital ilícito, que precisava, necessariamente, ser decorrente dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública, inclusive o exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; cometido por organização criminosa; ou por particular contra a administração pública estrangeira. Esse rol exaustivo, contudo, foi suprimido pela Lei n. 12.683/2012, que estendeu o âmbito de censura penal da lavagem de dinheiro para capitais ilícitos derivados de qualquer infração, inclusive as contravenções e as denominadas infrações de menor potencial ofensivo. Assim, se, por um lado, a reforma distanciou-se do critério sugerido pela Convenção de Palermo, segundo o qual os fatos puníveis antecedentes precisam ter alguma gravidade, especialmente o parâmetro de pena máxima não inferior a quatro anos (ESTELLITA; BOTTINI, 2012, p. 2), por outro, aproximou-se das deliberações da Convenção de Estrasburgo, sobretudo na versão de maio de 2005, e da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, da Organização das Nações Unidas, de 2000, que exigiram dos países delas integrantes a extensão da punibilidade de atos de lavagem ao maior número possível de crimes (RIOS, 2012, p. 3-4).

O texto dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, alterado pela Lei n. 12.683/2012 com a supressão do rol de crimes antecedentes, torna determinadas operações equivalentes à ocultação ou dissimulação dos ativos

ilícitos. Isso sem exigir do sujeito participação nas infrações penais anteriores, o que estabelece uma responsabilidade penal autônoma pela lavagem de dinheiro. O inciso I do § 1º pune a conversão dos ativos ilícitos em lícitos, por meio de uma espécie de “reciclagem” do produto do fato punível antecedente, para que esse ativo, cuja origem ilícita fora ocultada ou dissimulada, circule na economia formal. O inciso II do § 1º, por sua vez, tipifica uma conduta de “receptação específica” (CALLEGARI, 2003, p. 123) dos ativos derivados da infração penal antecedente. O sujeito é punido se realiza a conduta em seu próprio benefício, algo semelhante à receptação propriamente dita, e, também, se presta auxílio a terceiros para que sejam assegurados os benefícios materiais do fato punível antecedente ou dificultada uma persecução penal, o que se assemelha à prática de favorecimento real (SILVA, 2001, p. 122-123). O inciso III do § 1º pune a importação ou exportação de bens cujos valores não correspondam aos reais, com o objetivo de ocultar ou dissimular o emprego desses bens (CALLEGARI, 2003, p. 124). O § 2º, por seu turno, dispõe sobre condutas em fases mais avançadas do processo de lavagem de dinheiro, referidas ao gozo do capital ilícito obtido pelo fato punível prévio (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 336). Assim, enquanto o inciso I pune quem utiliza os ativos ilícitos na atividade econômica ou financeira, o inciso II responsabiliza penalmente quem conscientemente participa de um grupo, associação ou escritório dedicado à lavagem de dinheiro, o que implica verificar se a conduta individual efetivamente exerceu influência sobre a atividade de lavagem de dinheiro. Em caso negativo, não haverá atribuição de responsabilidade criminal (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 338). Para não deixar dúvida, o legislador previu, no § 3º, que a prática de lavagem de dinheiro, por meio de qualquer uma das condutas previstas, pode ser punida por tentativa.

2.2 As fases ou métodos da lavagem de dinheiro

Compreendidas as características objetivas dos tipos penais que incriminam a lavagem de dinheiro no Direito brasileiro, ainda é necessário, antes de iniciar o exame do aspecto subjetivo, analisar as fases ou métodos da prática delituosa. Isso porque uma imputação subjetiva somente será viável à medida que verificada a incidência dos elementos subjetivos em cada uma de suas etapas, as quais, por sua vez, demonstram que o delito de lavagem de dinheiro possui uma complexidade distinta da imensa maioria dos fatos puníveis. A prática de lavagem de dinheiro pode ser observada em três diferentes fases. Uma primeira fase de ocultação ou colocação, denominada *placement*. Uma segunda fase de dissimulação, chamada *layering*. E uma terceira fase de integração, a *integration* ou *recycling*. Para que o crime seja consumado, não é preciso que se realizem todas as três etapas (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 775), as quais podem existir de maneira independente, simultânea ou superposta (DE CARLI, 2008, p. 118).

A etapa da ocultação ou colocação, *placement*, é aquela em que se realiza a separação física entre o capital derivado do fato punível e o sujeito que o praticou. Nela, a principal finalidade é ocultar a origem dos ativos, de modo a evitar sua descoberta, e também lhe dar proteção para que não seja, por sua vez, objeto de algum tipo de furto ou roubo (CALLEGARI, 2008, p. 45-46). A etapa da dissimulação, *layering*, busca a inserção do capital no mercado formal, por meio de múltiplas e complexas transações que envolvem movimentações e transformações, como, por exemplo, transferências eletrônicas entre diversas contas e empresas, no país ou no exterior; conversão em ativos financeiros; compra de bens com posterior troca ou venda (DE CARLI, 2008, p. 118). É uma etapa de lavagem propriamente dita, com o fim de tornar difícil a descoberta dos bens e de seu vínculo com a infração penal anteriormente praticada (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 773). A etapa de integração, *integration* ou *recycling*, consiste na inserção na economia formal dos ativos que passaram pelo processo de lavagem, de modo a lhes dar aparência de legalidade, por meio, por exemplo, de investimentos regulares derivados de negócios cotidianos, como de atividades comerciais (CALLEGARI, 2008, p. 55-56); investimento em setores produtivos, de serviços ou de capitais (PINTO, 2007, p. 107); compra e venda de imóveis; concessão de empréstimos simulados por meio de sociedades interpostas situadas em paraísos fiscais; aproveitamento de atividades de casas de jogos; emprego de faturas de importação e exportação falsas (CALLEGARI, 2008, p. 56-64). Há, ainda, quem vislumbre uma quarta etapa, denominada de reciclagem, *recycling stage*, durante a qual se busca eliminar os rastros deixados pelas operações de lavagem, como, por exemplo, o encerramento de contas bancárias com o fim de impedir que o mecanismo ilícito possa ser descoberto pelas autoridades (DE SANCTIS, 2008, p. 16).

Esses são, portanto, os principais aspectos do plano objetivo do delito de lavagem de dinheiro. A partir deles deve ser delineado o âmbito de seu campo subjetivo, cujos elementos e fundamentos, que constituem efetivamente o objeto deste estudo, serão analisados a seguir.

3 O dolo de lavagem de dinheiro no Direito Penal brasileiro

3.1 O dolo segundo a teoria volitiva tradicional

As teorias que buscam explicar o dolo podem ser enquadradas em dois grandes grupos: o grupo das teorias volitivas e o grupo das teorias cognitivas (MARTINELLI; DE BEM, 2017, p. 446). As teorias volitivas definem o dolo, basicamente, como a vontade consciente do autor de realizar as circunstâncias descritas no tipo penal. Trata-se de um conceito constituído por um componente intelectual e um componente volitivo. O elemento intelectual do dolo se identifica com o conhecimento atual das circunstâncias do tipo objetivo, caracteri-

zado por uma representação real da conduta, isto é, uma representação que esteja além de uma consciência potencial e abaixo de uma consciência verbalizada, e alcance as circunstâncias do tipo presentes, como, por exemplo, vítima, coisa, documento, e futuras, como o curso causal e o resultado. O elemento volitivo do dolo, por sua vez, exprime-se num *querer realizar* a conduta descrita no tipo objetivo. Essa vontade pode ser concebida materialmente como a projeção da energia psíquica lesiva de bens jurídicos tutelados e se caracteriza como uma decisão de ação já definida, isto é, incondicionada e capaz de influenciar o acontecimento real, que faça o resultado típico ser reconhecido não como simples esperança ou desejo do autor, mas sua verdadeira obra (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 134-135).

As teorias volitivas dividem o conceito de dolo em diferentes espécies. A lei brasileira, no art. 18, inciso I, do Código Penal, reconhece somente duas definições: quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Contudo, são três as modalidades identificadas pela teoria volitiva: o dolo direto de 1º grau, o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual. O dolo direto de 1º grau, orientado pelo sentido cotidiano de intenção, tem por objeto o fim a que o autor se propõe e os meios que escolhe para realizá-lo. O dolo direto de 2º grau compreende os efeitos colaterais representados pelo autor como necessários à realização do objetivo que pretende alcançar (GUEIROS SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 230-231). O dolo eventual, por sua vez, refere-se a um dado anímico do autor sobre a possibilidade consciente de um resultado. A definição de qual seria esse elemento anímico é motivo de divergência entre correntes internas da teoria volitiva, o que leva ao equívoco de se considerar a teoria da anuência, consentimento ou assunção de risco como um terceiro raciocínio autônomo ao lado das teorias volitivas e cognitivas. Mas a teoria da anuência integra a teoria volitiva e se apresenta como um pensamento, restrito ao dolo eventual, que busca na assunção de risco o elemento interno do autor que fundamenta o reproche doloso da conduta por ele praticada (GRECO, 2004, p. XV).

3.1.1 O dolo direto

A adoção de uma teoria volitiva implica necessariamente que o dolo direto do crime de lavagem de dinheiro somente pode ser visualizado a partir da presença de elementos de natureza cognitiva e volitiva. No plano cognitivo, é preciso que a consciência do sujeito abranja os elementos objetivos constantes na Lei n. 9.613/1998, alterada pela Lei n. 12.683/2012, que constituem as modalidades de condutas puníveis. Isso significa compreender todos os elementos descritivos e normativos, inclusive o fato de que o ativo decorre de infração penal anteriormente praticada, o que não quer dizer exigir que o autor do delito de lavagem de dinheiro tenha conhecimento técnico-jurídico sobre em qual tipo penal específico o fato antecedente está subsumido (LEITE PRADO, 2011, p. 225). Assim se considera porque, em geral, somente os sujeitos que praticaram

o fato punível antecedente têm à disposição dados detalhados a respeito dele, ao passo que quem procede ao mecanismo de branqueamento de ativos não precisa e possivelmente nem deseja receber informações sobre a origem do capital que é submetido às suas operações. Nesse ponto, a análise deve considerar se a consciência quanto à origem do ativo ilícito num fato punível se localiza, ao menos no que se denomina representação paralela, na esfera do leigo, segundo a qual é suficiente que o sujeito saiba de dados que permitam uma fácil constatação pelo leigo da ocorrência de uma infração penal antecedente, independente de detalhes como circunstâncias de tempo, local, modo de execução, culpabilidade ou punibilidade de quem praticou o fato (LEITE PRADO, 2011, p. 225). Apesar disso, não é suficiente para a imputação típica subjetiva-cognitiva que o conhecimento da origem ilícita dos ativos surja somente após a prática da conduta, o chamado *dolo subsequente*. É necessário que já exista ou que, ao menos, tenha surgido durante o curso do mecanismo *inter criminis*, o que pode ser chamado de *dolo superveniente* (LEITE PRADO, 2011, p. 226).

No plano volitivo, por sua vez, é imprescindível que se verifique de que maneira a vontade do autor orienta a realização dos elementos objetivos descritos no tipo como condutas puníveis. Se a vontade estiver manifestada na forma de uma intenção de concretizar os elementos objetivos do tipo, estará configurado o *dolo direto de primeiro grau*. Mas se a realização do tipo objetivo tiver ocorrido como uma consequência necessária da conduta, a modalidade de *dolo direto* manifestada será a de *dolo direto de segundo grau*, que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese em que um *doleiro*, com o fim apenas de receber sua comissão sobre um negócio, remete ativos originados de narcotráfico a contas no exterior e reúne capital em conta mantida por seu cliente em paraíso fiscal. Nesse caso, ainda que sua exclusiva intenção tenha sido não perder seus honorários, atua com o *dolo de ocultar a localização dos ativos*, pois essa é a consequência necessária de seu comportamento (LEITE PRADO, 2011, p. 226-227).

Sob a perspectiva de uma teoria volitiva, assim, o delito de lavagem de dinheiro se configura quando a pessoa sabe e quer praticar uma conduta que preencha um dos comportamentos considerados puníveis pelos tipos penais objetivos constantes na Lei de Lavagem de Dinheiro (CANAS, 2004, p. 164). Mas não há consenso sobre se o tipo subjetivo da lavagem de dinheiro limita-se a compreender apenas resultados lesivos gerados intencionalmente ou como consequência necessária da conduta. É o que se passa a examinar a seguir.

3.1.2 Dolo eventual e cegueira deliberada?

O *dolo eventual* pode ser definido basicamente como um dado anímico da esfera de consciência do autor em relação à possibilidade do resultado que se torna o ponto de reproche na ausência da intenção do autor (SOUZA

SANTOS, 2012, p. 89). A identidade desse elemento anímico *chave* é algo debatido por várias teorias. Aquelas com mais repercussão na doutrina e na jurisprudência são a teoria da assunção aprovadora do risco, do consentimento ou da anuência e a teoria do risco levado a sério ou decisão pela lesão de bens jurídicos. Segundo a teoria da assunção aprovadora do risco, a ocorrência do dolo eventual está condicionada ao consentimento do autor em relação a um resultado representado como possível, de modo que se deve excluir a atribuição quando este confiar na não ocorrência do resultado, apesar de tê-lo representado como possível (MAURACH, 1962, p. 314). De acordo com a teoria do risco levado a sério, por seu turno, é preciso analisar se o autor levou a sério a possibilidade de ocorrência do resultado da qual era consciente ou se a ignorou, pois o dolo se configura quando o autor inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecida como possível, sem que essa realização seja capaz de dissuadi-lo de praticar a conduta, de modo a se demonstrar que, ao assim agir, o autor se decide, conscientemente, mesmo que apenas para o caso eventual, contra o bem jurídico protegido. De acordo com esse raciocínio, o dolo está ausente quando o autor sente confiança de que a realização do possível resultado não acontecerá, pois, quando considera seriamente a possibilidade de ocorrência do resultado, vê-se obrigado a decidir se compensa praticar a ação e pagar um alto preço (ROXIN, 2006, p. 446).

Fixados ao menos esses dois conceitos mais relevantes, é preciso verificar se são compatíveis com a estrutura típica da lavagem de dinheiro prevista no Direito brasileiro. E a resposta, sob essa perspectiva de dolo eventual fundado em elemento anímico, é negativa. A legislação brasileira exigiu, para a configuração do delito de lavagem de dinheiro, um especial elemento subjetivo: que o autor tenha consciência de que sua conduta está dirigida à prática da lavagem de dinheiro, com forma e finalidade específicas (CALLEGARI, 2003, p. 164-165). Por isso, para que se possa falar em lavagem de dinheiro, de acordo com o previsto na legislação brasileira, é necessária a ocorrência de uma particular direção de finalidade cuja realização se manifesta como elemento subjetivo diverso do dolo. A exigência de que esse elemento subjetivo distinto do dolo esteja presente é, dentro de uma teoria volitiva, incompatível com o ato de assumir o risco, pois é excludente de uma situação de mero consentimento com uma possibilidade representada de resultado. Na verdade, ele implica necessariamente o direcionamento para esse resultado. Tal exigência também é, no âmbito de uma teoria volitiva, incompatível com um juízo sobre confiar ou não seriamente na não ocorrência do resultado ou sobre levá-lo ou não a sério, já que o direcionamento exigido do elemento subjetivo distinto do dolo apenas se compatibiliza, dentro do raciocínio da teoria volitiva, com uma preexistência de intenção e, portanto, de dolo direto.

Dentro do debate sobre a possibilidade de dolo eventual de lavagem de dinheiro na tipificação brasileira, existe a discussão sobre se é possível o em-

prego da denominada teoria da cegueira deliberada, *willful blindness*, também denominada teoria da evitação da consciência, *conscious avoidance*, ou das instruções do avestruz, *ostrich instructions*. Essa teoria foi elaborada no século XIX pela jurisprudência inglesa e sustenta que quando há a suspeita de que o sujeito pode praticar uma conduta considerada criminosa e este prefere não aprofundar seu conhecimento sobre a possível realização de crime no caso concreto, atua com um grau de indiferença tão intenso quanto quem age com dolo, e merece, por isso, semelhante reprovação (LEITE PRADO, 2011, p. 237). A defesa de sua aplicação parte do fato de que seria compatível com as condutas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro, pois a atuação de quem se dedica com hábito à lavagem de dinheiro é autônoma, fundada num verdadeiro comportamento profissional que se mantém indiferente à origem ou à natureza dos ativos envolvidos. Isso porque se, por um lado, o profissional da lavagem pode considerar indesejável o pleno conhecimento da origem do capital, inclusive por prejudicar possível alegação de desconhecimento em eventual processo, por outro, para o cliente também não é interessante o compartilhamento de tais informações, já que quanto menor o número de pessoas cientes da origem ilícita, melhor (MORO, 2007, p. 101). Há, também, uma posição intermediária, segundo a qual a cegueira deliberada somente pode ser equiparada ao dolo eventual caso o agente crie *consciente e voluntariamente* obstáculos com o fim específico de evitar que tenha consciência de possíveis fatos ilícitos. Segundo esse raciocínio, não é possível dispensar que o autor tenha ao menos plena representação de que ele próprio cria barreiras à sua própria consciência sobre a origem dos ativos e que isso facilita a prática de infrações penais sobre as quais ele não quer ter ciência. Assim, quando ele não souber que tais filtros evitam a sua consciência da prática de infrações penais, não se poderá falar em dolo eventual fundado na cegueira deliberada, nem quando a suspeita do sujeito não esteja alicerçada em elementos objetivos e não signifique uma dúvida razoável sobre a proveniência lícita do capital (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 98-99).

A denominada teoria das *instruções do avestruz* apresenta, na verdade, raciocínio semelhante à teoria da indiferença desenvolvida por Engisch no âmbito do direito penal alemão na primeira metade do século XX. Segundo Engisch, o dolo eventual não é afirmado por meio de uma relação psíquica positiva entre o autor e a realização típica, como, por exemplo, assunção, aprovação ou consentimento de risco, mas de acordo com sua mera não oposição interna em relação ao resultado (ENGISCH, 1930, p. 188-190), ou seja, quando o resultado se apresenta como possível ou simplesmente provável e o autor se mostra indiferente. Por outro lado, se o sujeito atua na esperança ou na confiança de que o resultado não ocorrerá, terá havido uma oposição interna em relação à previsão do acontecimento do resultado e a figura do dolo não estará caracterizada (ENGISCH, 1930, p. 191-207). Engisch defende, ainda, que há sempre culpa nos casos em que a probabilidade de ocorrência do resulta-

do for reduzida e, nos casos em que esta probabilidade for grande, o dolo se configura em razão de uma manifestação *in concreto* da indiferença relativa do autor (ENGISCH, 1930, p. 198).

Mas a teoria de Engisch não esclarece qual o vínculo entre a conduta do autor e o elemento psíquico da indiferença que fundamenta a imputação por dolo (PUPPE, 2004, p. 63). Tal crítica pode perfeitamente ser estendida à teoria da cegueira deliberada. Isso porque, tanto numa teoria quanto noutra, não há qualquer relação que justifique solidamente por que se imputar crime doloso a alguém que sequer atua com consciência dos elementos necessários para fundamentar o dolo. Por isso, se não há dados fáticos suficientes que integrem o âmbito intelectual do dolo do autor, não é possível fundamentar imputação por crime doloso (LAUFER; SILVA, 2009, p. 10-11).

3.2 Críticas à adoção do conceito volitivo de dolo

Ainda que dominante, a teoria volitiva do dolo sofre diversos problemas estruturais. Ela promove uma evidente confusão entre os sentidos de vontade quando, orientada pelo sentido cotidiano de intenção, atribui ao elemento *querer* o fundamento de desvalor entre dolo e culpa como dado psicológico-descriptivo e, ao se deparar com a insuficiência do sentido cotidiano de *intenção*, modifica seu sentido interpretativo. É o que ocorre nos casos em que o autor não possui *intenção* em sentido psicológico-descriptivo, isto é, quando limita-se a ser consciente dos efeitos colaterais necessários de sua conduta ou de que o resultado, em vez de necessário, é apenas possível. Nessas hipóteses, o ponto de partida psicológico da teoria volitiva desdobra-se nos conceitos de dolo direto de 2º grau e de dolo eventual, respectivamente, um *querer* em sentido atributivo-normativo (PUPPE, 2004, p. 32), que se fundamenta em elementos distintos da vontade psíquica. Tal mudança interpretativa da palavra *querer* encobre o fato de que tais subdivisões do dolo se manifestam como três conceitos casuísticos sem relação uns com os outros, que não se orientam pela própria premissa psicológica e levam as tentativas de identificação do dolo a um cenário em que a confusão conceitual e a retórica linguística predominam (SOUZA SANTOS, 2008, p. 271).

A confusão conceitual e a retórica linguística podem ser sensivelmente observadas nas tentativas de se estabelecer a fronteira com a culpa no âmbito do dolo eventual. A profusão de expressões e teorias anímicas decorrentes da falta de critérios precisos aprofundam uma obscura delimitação entre dolo e culpa justificada por uma série de argumentos referidos a sensações internas que mal disfarçam sua natureza de direito penal de ânimo. Termos como *assunção de risco*, *perigo levado a sério*, *indiferença*, *vontade de evitação* são apresentados como fundamentos de um reproche gravoso de injusto

sem qualquer ligação com o fato além da mera concomitância (PUPPE, 2004, p. 51). E tornaram-se, então, corriqueiras definições como *confiar não de modo vago, considerar seriamente, oposição interna*, que apenas exprimem um psicologismo retórico e nada significam em termos de influência na conduta, o que evidencia, por outro lado, que o fundamento de seu reproche não está no fato praticado pelo autor e tampouco na proteção de bem jurídico, mas, tão somente, no estado de espírito do autor. Por se fixar no mero estado de espírito do sujeito, desvincula-se da intensidade do risco criado pelo autor e torna a atribuição de dolo ao autor algo que somente acompanha a intensidade do perigo ao bem jurídico na hipótese de simples coincidência entre ambos, o que afronta o princípio da proporcionalidade. Além disso, ao girar em torno de dados anímicos restritos ao âmbito interno do autor, sua comprovação na prática forense mostra-se extremamente difícil ou impossível, o que leva a consequências como a incalculabilidade e a manipulabilidade de decisões orientadas conforme os pontos de vista mais aleatórios, pois, ao decidir de acordo com a teoria volitiva, o intérprete é obrigado a quase tudo presumir, inclusive pensamentos do autor distantes de qualquer método indiciário (SOUZA SANTOS, 2008, p. 271-287). Por isso, é preciso concordar que o dolo não pode corresponder, por si só, a qualquer estado mental ou emocional previamente dado ao legislador ou ao intérprete (COSTA, 2015, p. 201). A exigência da vontade para a formação do dolo leva a concluir que quem atua sem vontade não deve ser punido por crime doloso, enquanto quem a apresenta já deve receber a pena mais grave, sem que seja esclarecido o motivo da relevância desse elemento volitivo, de modo que punir por dolo com fundamento na vontade é punir por algo cujo fundamento se desconhece (GRECO, 2009, p. 901-902).

A proposta de abandono da teoria volitiva do dolo tem gerado cada vez mais reflexões no âmbito da criminalidade econômica, em que predomina a ideia de risco (ESTELLITA, 2014). No caso do delito de lavagem de dinheiro, essa mudança de paradigma somente traria ganhos, já que, por se tratar de um delito realizado por meio de mecanismos complexos, a exigência de que o reproche doloso, único possível, esteja vinculado a sensações internas do autor, em especial diante de um tipo penal que requer a prática de um direcionamento específico, cuja interpretação, dentro de uma teoria volitiva, apenas pode significar um segundo dado anímico somente compatível com a já anímica vontade, leva a que os problemas estruturais da teoria volitiva do dolo, que já são graves o bastante para justificar seu abandono em relação a qualquer modalidade de delito, potencializem-se na análise de seu plano subjetivo. O raciocínio, ambíguo já em sua premissa, ou seja, o sentido do termo *vontade*, que não se delimita satisfatoriamente ao âmbito da culpa, que se caracteriza como direito penal de ânimo, que não se vincula à gravidade da agressão ao bem jurídico e é muito difícil de ser provado na prática, não é ca-

paz de fornecer uma análise segura a práticas sofisticadas que giram em torno de ocultar, dissimular ou reintroduzir ativos ilícitos, derivados de fato punível antecedente, com aparência de lícitos no mercado econômico formal. O resultado são discussões sobre dolo eventual e cegueira deliberada que já não dizem nada sobre a vontade, mas se aproximam perigosamente de defender a responsabilidade penal mesmo diante da ausência de consciência num delito que não prevê modalidade culposa. A adoção da teoria volitiva torna obscuro, em todos os crimes e com intensidade singular na lavagem de dinheiro, o fato que é essencialmente relevante: o conhecimento deve ser o centro de reproche da conduta penalmente punível.

4 Adoção do conceito cognitivo de dolo

As teorias cognitivas não são uma novidade no Direito Penal. No início do século XX, Lacmann já havia desenvolvido a ideia segundo a qual o fundamento do reproche severo está na representação do autor da maior probabilidade do resultado, de modo que, quanto maior o risco de acordo com sua representação, menor motivação será necessária para evitar o resultado e dissuadi-lo da prática da conduta. Segundo o raciocínio de Lacmann, o ponto de censura penal está na baixa motivação do autor para evitar o resultado, sob o argumento de que sequer a consciência de sua alta probabilidade foi suficiente para fazê-lo superar os desejos ligados ao seu projeto de ação (LACMANN, 1911, p. 114). Mas a construção de Lacmann, quando afirma que a distinção entre dolo e culpa está na motivação em evitar o resultado que o autor possa ter, torna a intensidade do perigo apenas um entre muitos indicadores do dolo, o que conduz à mesma busca por dados anímicos da teoria volitiva, embora indicados pela probabilidade (PUPPE, 2004, p. 67). Em meados do século XX, Sauer elaborou uma teoria em que considerava o fundamento do reproche mais gravoso não na baixa motivação do autor para evitar o resultado, mas no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado. Para Sauer, a valoração jurídica deve incidir sobre uma ação objetivamente perigosa que tem origem numa livre decisão de vontade, ou seja, a censura vincula-se ao próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor, o que leva o conhecimento do perigo mais intenso a significar não apenas um indício do dolo no sentido da probabilidade, mas o próprio dolo (SAUER, 1956, p. 268-271). Mas Sauer inevitavelmente torna os dados estatísticos o fundamento de seu conceito ao utilizar o termo *mais provável*, já que são indispensáveis para saber se algo é ou não mais provável do que alguma coisa.

Também na metade do século XX, foi defendida por Schröder a teoria do dolo como consciência da possibilidade da realização do resultado. Sua ideia girava em torno do argumento de que basta a mera consciência da possibilidade da realização do resultado para que o autor se motive a desistir de sua ação, pois

qualquer confiança na não ocorrência do resultado já traz em si mesma a negação de sua possibilidade, o que significa que toda conduta culposa somente pode ser culpa inconsciente e não merece reconhecimento, ao menos no sentido tradicional, a modalidade culpa consciente (SCHRÖDER, 1949, p. 245). Essa conclusão foi renovada no último quarto do século XX por Schmidhäuser, para quem a censura dolosa se deve à presença ou não do conhecimento da possibilidade do resultado pelo autor do fato, cuja consciência deve ser distinguida entre consciência de fatos seguros e consciência de fatos inseguros, existente, por exemplo, quando alguém não sabe se a penumbra diante de si pertence a um ser humano, que é uma consciência insegura de um fato presente, e se ao disparar contra ela provocará sua morte, que é uma consciência insegura de um fato futuro. Schmidhäuser defende que o dolo sempre estará caracterizado nas hipóteses de conhecimento de fatos seguros, porém, nos casos de conhecimento inseguro, apenas se o autor estiver consciente da possibilidade concreta de realização do tipo. Schmidhäuser explica que o autor, por não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de ter considerado a possibilidade em abstrato, convence-se de que o resultado não acontecerá, o que implica uma eliminação mental da própria consciência da possibilidade de realização do tipo, ou seja, uma hipótese de culpa aparentemente consciente. Mas o fato doloso configura-se nas hipóteses de conhecimento inseguro da possibilidade concreta, porque nele o autor se decide, conscientemente, pela lesão (SCHMIDHÄUSER, 1980, p. 240-250). Ambas as teorias da possibilidade pecam por punir com dolo condutas que mereceriam reproche culposos. E quando sustentam que a confiança na não ocorrência do resultado significa, desde já, a eliminação do conhecimento, abandonam o próprio ponto de partida, segundo o qual o fundamento do dolo seria o conhecimento, e, por meio de interpretações psicológicas fictícias, fazem de algo sabido algo não sabido (PUPPE, 2004, p. 74). Nesse sentido, Schmidhäuser claramente desloca o ponto central do dolo do conhecimento para o *confiar plenamente que nada ocorrerá*, defendido pela teoria volitiva.

Nas últimas décadas, surgiram novas e interessantes teorias cognitivas, como a teoria do dolo como conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg. Sua ideia parte da classificação do risco criado em duas modalidades, sendo a primeira denominada *risco protegido*, que fundamenta a culpa e na qual há uma atenção do titular ou de um terceiro sobre o bem jurídico que permite ao autor confiar, orientado por uma expectativa racionalmente fundada na experiência, que tudo terminará bem. Se o resultado vier a acontecer, apesar dessa mais alta atenção da vítima ou de um terceiro, não passará de um infortunado desenvolvimento das circunstâncias. A segunda modalidade é o *risco desprotegido*, que fundamenta o dolo, em relação ao qual não se constitui proteção e nem o autor que cria o risco ou o esforço da vítima ou de um terceiro criam uma reserva capaz de evitar a realização do resultado. Por

isso, nesse caso, se o autor confiar que tudo ocorrerá bem, será apenas a expressão de uma confiança irracional e, portanto, inidônea para afastar o dolo. Herzberg defende ainda que a consciência do sujeito que reconhece um risco ao bem jurídico impossível de ser diminuído, por mais que haja esforço para tanto, basta para justificar o dolo, mas se o risco for insignificante, será o caso de culpa, pois um risco desprotegido pequeno equipara-se a um risco protegido (HERZBERG, 1986, p. 249-256). Mas Herzberg faz poucas exigências para a caracterização do perigo doloso, pois defende a culpa somente nos casos de culpa leve, quando o perigo é pequeno ou protegido com alta eficiência, de modo que as hipóteses de culpa média ou culpa grave terminam por receber uma censura dolosa. E, caso se renuncie à premissa da proteção com alta eficiência sem sua substituição por outro requisito qualitativo, a distinção entre perigo protegido e desprotegido torna-se manipulável. Isso porque Herzberg aceita como proteção de um perigo qualquer circunstância que, analisada *ex ante*, oponha-se à realização do perigo, o que permite sempre a conclusão pela existência de um perigo protegido ao se examinar circunstâncias opostas, que não existem apenas quando o risco possui cem por cento de chance de ser concretizado, separadas dos fatores que favorecem a realização do perigo. Em sentido contrário, se os fatores reconhecíveis *ex ante* como favorecedores e redutores do perigo forem considerados em conjunto, como um perigo global, em todas as hipóteses será possível concluir que se está frente a um perigo desprotegido (PUPPE, 2004, p. 80).

Outra teoria bastante interessante é a elaborada por Puppe, que entende que há dolo quando existe o conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional para o resultado. Segundo Puppe, a censura dolosa deve existir nos casos em que o perigo criado representar, por si mesmo, um método idôneo para a realização do resultado, ou seja, um método cuja chance de alcançar o objetivo apresenta-se relativamente grande de acordo com os conhecimentos de quem o utiliza. Puppe explica que a identificação da idoneidade do método não deve ser procedida por meio de uma ponderação inflexível sobre a quantidade de perigo, pois é impossível medir índices de probabilidade com clareza, mas de uma avaliação orientada conforme um repertório de métodos, fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos. Assim, o relevante para Puppe não é a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, pois o fato de o autor almejar o resultado e não dispor de nenhum meio melhor não transforma uma estratégia genericamente inidônea em idônea, bem como não deixa de ser uma estratégia idônea e, portanto, um perigo doloso, o autor dispor, no caso concreto, de meios ainda melhores para alcançar o resultado, como golpear a cabeça da vítima com um cano apesar de trazer consigo uma pistola. Puppe também explica que o propósito do autor de provocar o resultado pode até exercer, em certos casos, um papel decisivo na constituição de um fator de perigo, como, por exemplo, na hipótese em que

um bom atirador, a uma distância média, dispara com o propósito de matar e com uma arma de alta precisão, mas o dolo é constituído não por causa do propósito em si, mas porque o sujeito visa uma parte do corpo na qual a vítima pode ser ferida de maneira letal (PUPPE, 2004, p. 82-84). Embora acerte em seus fundamentos, Puppe é imprecisa ao trabalhar com o termo *inidôneo*, que transmite a ideia de que o resultado é impossível de ser obtido. Além disso, é vago delimitar a intensidade do perigo doloso numa *chance relativamente grande* de se alcançar o resultado, pois, ainda nos casos em que a não ocorrência do resultado seja a hipótese com maior chance de acontecer, pode subsistir uma chance relativamente grande de se alcançar o resultado. E, conforme a vítima ou o terceiro empregue um mecanismo específico de proteção do bem jurídico, o método do autor pode deixar de ser *estrategicamente idôneo*, o que tornaria a conduta culposa ou mesmo atípica, na falta de sua previsão culposa, apenas devido à diligência prévia de se proteger o bem jurídico.

Apesar dos pontos fracos de cada uma das teorias acima descritas, o caminho correto é admitir a consciência e não a vontade como centro de gravidade do dolo. A partir daí devem ser identificados os elementos sobre os quais a consciência do autor precisa incidir para que sua conduta seja reprovada como dolosa. Esses elementos devem se apresentar como características inerentes ao risco criado, capazes de fundamentar a censurabilidade mais grave do dolo como algo proporcional e ajustado à intensidade da conduta praticada no caso concreto. A conclusão a que se chega é que o dolo deve ser definido como a criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção. Assim, autor doloso é aquele que sabe que cria um risco eficiente contra o bem jurídico. Risco eficiente é aquele que possui em seu âmbito de configuração duas características principais: ser juridicamente desaprovado e ter a realização do resultado como sua principal tendência racionalmente fundada. A análise da intensidade da conduta deve considerar quantidades probabilísticas de perigo, quando disponíveis, somente como uma parte do conjunto de dados da experiência racionalmente adequados para demonstrar que a tendência principal do risco conscientemente criado é a realização do resultado. Essa experiência pode ser dividida em dados de observações cotidianas e dados de observações especializadas. Os dados de observações cotidianas são aqueles que podem ser obtidos da experiência do dia a dia, rotineira; seu conteúdo e sua avaliação estão ao alcance da generalidade das pessoas e podem ser extraídos do conteúdo básico da vida. Os dados de observações especializadas, por seu turno, são aqueles que somente podem ser obtidos mediante o acesso a campos específicos de conhecimento, como científicos, técnicos, profissionais etc., e fundamentam o dolo na medida dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta. Por exemplo, o conhecimento de que um tiro na cabeça de alguém tem capacidade letal é um dado da experiência cotidiana, disponível a qualquer pessoa normal, enquanto

que o conhecimento das chances de determinado edifício desabar em razão do desrespeito a determinadas regras de engenharia é algo que somente está disponível a quem tem acesso a esse tipo de informação, por ser um dado de experiência especializada, que exige a consideração dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta (SOUZA SANTOS, 2012, p. 110-116).

Tais considerações são muito relevantes para o crime de lavagem de dinheiro. Diversas circunstâncias fáticas indicam a presença de risco eficiente para a produção do resultado delituoso, como, por exemplo, a ausência de racionalidade econômica da transação; o envolvimento de pessoa jurídica sem atividade operacional; a participação de pessoa física de perfil radicalmente diverso daquele normalmente ostentado por titulares da mesma função; a relação com estruturas multijurisdicionadas ou localizadas em paraísos fiscais; a sucessão de sociedades deficitárias sob o mesmo nome empresarial; a realização de atos com o objetivo aparente de se furtar às regras de prevenção à lavagem; a transferência somente formal de domicílio da sociedade; o recebimento de empréstimos oriundos de empresas *off-shore*; o aumento brusco de faturamento de pessoas jurídicas sem motivo aparente; as alterações abruptas no capital social de empresas; a realização de negócios sem relação com a atividade operacional da empresa; o uso sem razão de grande número de contas bancárias, bem como sua criação e extinção sistemática; a participação minoritária das mesmas pessoas físicas em diversas empresas com atividades voltadas para segmentos distintos; a movimentação de altas quantias de dinheiro em espécie; o relacionamento pessoal com criminosos conhecidos; as reorganizações societárias sem sentido aparente; o constante fechamento de contratos de câmbio de importação sem o ingresso de mercadorias no país; os investimentos em empresas não lucrativas; o resgate de apólices de capitalização e previdência privada antes de seus correspondentes vencimentos. Também outros dados objetivos como simulações, condutas praticadas em múltiplas jurisdições, pessoas físicas e jurídicas interpostas, constituem comportamentos que criam riscos cuja tendência principal é a lavagem de ativos.

Além disso, torna-se dispensável a discussão sobre a possibilidade de dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro conforme o tipificado na lei brasileira. Em primeiro lugar, porque não há, dentro da teoria cognitiva, distinção entre modalidades de dolo, mas apenas um dolo, fundado no conhecimento do risco criado e suas características. Em segundo lugar, porque o elemento subjetivo distinto do dolo exigido pela lei passa a ser interpretado como a consciência do direcionamento dos seus próprios atos à prática da lavagem de dinheiro, e não como uma especial intenção animicamente manifestada. Além disso, a questão sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada se resolve dentro do âmbito da própria teoria cognitiva, pois o dolo do autor se configura à medida de seu conhecimento sobre dados que demonstrem que o resulta-

do de lavagem de ativos é a tendência principal do risco de sua conduta, de modo que sequer é possível se falar em cegueira. Em sentido contrário, não há motivo para levar em consideração alguma suspeita que poderia caracterizar cegueira deliberada no caso concreto se não chegar à consciência do autor nenhum dado razoável que demonstre a tendência principal que fundamenta o risco eficiente configurador do dolo.

5 Conclusão

A lavagem de dinheiro, por sua própria natureza, é um delito cuja prática em geral é realizada por meio de mecanismos complexos e condutas sofisticadas. A teoria volitiva é marcada por problemas estruturais e seu emprego leva a um cenário de dificuldades interpretativas e de insegurança de decisões judiciais para a identificação de seu dolo, o que justifica seu abandono. Seus defeitos, visíveis quando aplicada a qualquer delito, se tornam ainda mais evidentes diante da complexidade do crime de lavagem de dinheiro, pois sua ambiguidade, sua referência a um direito penal de ânimo, sua desproporcionalidade em relação à intensidade do delito e sua dificuldade de comprovação forense tornam-se insustentáveis frente à análise interpretativa que deve ser realizada em cada uma das etapas do branqueamento de capitais. Isso demonstra que o caminho mais adequado é o de aplicar uma teoria cognitiva para fundamentar seu aspecto subjetivo, algo que deve ser feito em relação a todo o Direito Penal, mas que é ainda mais manifesto no caso da lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Crimes federais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juares. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, Coordenação Cláudio Brandão. v. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DE SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Otto Liebman, 1930.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem de dinheiro: primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 237, ago. 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal>>. Acesso em: 27 maio 2017.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004.

_____. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva et al. (Org.). *Liber amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes. *Juristische Schulung*. München: C. H. Beck, 1986.

LACMANN, W. Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 31. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1911.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 204, nov. 2009.

LEITE PRADO, Rodrigo. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime – anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lavagem de dinheiro: análise crítica do bem jurídico*. Jundiaí-SP: In House, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 237, ago. 2012.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: C.H. Beck, 2006.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal (parte general)*. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventualis” und “bewußte Fahrlässigkeit”). *Juristische Ausbildung*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1980.

SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. In: SAUER, Wilhelm. *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1949.

SILVA, César Antônio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA SANTOS, Humberto. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 97, Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). *Temas de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

**A CONDUTA TÍPICA DO ART. 1º, § 2º, II, DA LEI N. 9.613/1998:
REVISITANDO A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA A PARTIR
DO CONCEITO DE IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA**

**MATHEUS DE ALENCAR E MIRANDA
RONNY PETERSON NUNES DOS SANTOS**

Grupo de casos

1 – “A” é funcionário de um banco que trabalha no setor responsável pela abertura de contas. “A” tem o conhecimento de que o banco reiteradamente abre contas-correntes em nome de laranjas para sua utilização por funcionários públicos com o fim de dissimular a origem de vantagens ilícitas. Apesar disso, “A” continua a exercer normalmente a sua função, sem maiores preocupações. Responsabilidade de “A”?

2 – “B” é o *office boy* de uma empresa de construção há quinze anos. Por sua antiguidade, “B” é um dos poucos funcionários que detêm pleno conhecimento da prática de diversas fraudes pela empresa, cujo produto ilícito é lavado no exterior e reintroduzido no país. Embora não participe diretamente do esquema de dissimulação, “B”, que goza da mais absoluta confiança dos seus superiores, é frequentemente designado para levar pacotes de dinheiro em espécie para destinatários de suborno. Responsabilidade de “B”?

3 – “C” é um advogado que trabalha em uma empresa responsável pela gestão de um presídio privado, construído após intenso *lobby* e promessa de pagamento de suborno. Diante da qualidade dos seus serviços, “C” fica responsável pela redação de todos os contratos e aditivos celebrados pela empresa, desde a

compra e venda de bens móveis e imóveis até aqueles firmados com o próprio poder público na gestão direta da unidade. “C” tem o conhecimento de que o gestor do presídio criou um novo setor *secreto* voltado exclusivamente para dissimular o pagamento de suborno a políticos que apoiaram a construção do presídio, embora dele não participe. Apesar disso, alguns dos contratos redigidos por “C” também são utilizados como instrumento para a prática de lavagem, já que os negócios jurídicos são simulados, de forma a também justificar (dissimular) o pagamento de suborno, sem que “C” saiba. Responsabilidade de “C”?

4 – “D” é um cozinheiro responsável por preparar sanduíches em uma lanchonete que vende drogas ilícitas, em especial a *maconha*, tendo conhecimento da circunstância de que o consumo dessa droga aumenta a fome dos clientes, maximizando os lucros da lanchonete com a venda combinada. Ocorre que a venda dos sanduíches, atividade notadamente lícita, tem por objetivo central a lavagem do dinheiro proveniente da atividade ilícita de venda de entorpecentes. “D” tem conhecimento da estrutura do negócio e do seu propósito ilícito, mas em nada contribui senão com seus deliciosos sanduíches. Responsabilidade de “D”?

1 Introdução

O Direito Penal do século XXI demonstra particularidades que o diferenciam e até mesmo o colocam em posição de contraponto àquele Direito Penal dito tradicional, liberal, com origens no contexto histórico do Iluminismo.

O Direito Penal *moderno*, como mais um produto histórico, adéqua-se à realidade que é própria de sua era, com elevado destaque para a globalização, a informatização, a padronização, a assunção e o controle de riscos (SILVA SÁNCHEZ, 2001). Como consequência, há um fomento à “standardização do sistema penal” (SILVEIRA, 2015, p. 45) e à tutela dos crimes supraindividuais, o que repercute de forma muito característica no âmbito do chamado Direito Penal Econômico.

Em tal contexto específico, no qual floresce a discussão sobre a autonomia desse ramo¹, ganham relevância a oposição entre correntes normativistas e ontológicas para a atribuição de autoria e responsabilidade penal, a responsabilização penal da empresa e os programas de *compliance* dentro de uma política criminal que visa à prevenção de delitos e à estipulação estrita, por meio de leis, de espaços de liberdade em referência a riscos socialmente tolerados ou não. Verifica-se, nesta linha, não apenas o surgimento de novidades legislativas, mas também a mudança na própria forma de analisar os diversos institutos na esfera da dogmática jurídico-penal.

1 Sobre o assunto, mais em MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014; idem, 2013; SCHÜNEMANN, 2009, p. 13-40; SOUZA, 2011.

Por óbvio, o Brasil não está alheio a essa mudança. Essas novidades aparecem na política criminal, principalmente a partir da standardização do sistema penal proveniente do Direito Internacional², e respingam no estudo dos institutos da dogmática clássica, a qual nem sempre consegue oferecer uma resposta convincente aos problemas contemporâneos³.

No que diz respeito à Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), além da discutida previsão de *compliance* no art. 10, III, e da atribuição de responsabilidade administrativa de empresas nos casos do art. 12, os próprios tipos penais previstos naquele diploma demonstram a particularidade do contexto do Direito Penal Econômico na atualidade, exigindo o reconhecimento de novos institutos e formas de interpretá-los.

Nesse caso, para este artigo especificamente, importante é o tipo do art. 1º, § 2º, II⁴, da aludida lei. Uma primeira leitura, ainda que atenta aos parâmetros de interpretação e aplicação tradicionais do Direito Penal, pode levar tanto a interpretações tão incriminadoras que chegariam ao ponto de serem flagrantemente inconstitucionais, quanto a interpretações inviabilizadoras do tipo, tornando-o quase que irrelevante em face da absorção das condutas pelas demais tipificações.

Portanto, para que o art. 1º, § 2º, II, não se mostre inconstitucional ou inútil, cumpre demonstrar que a análise da sua tipicidade depende de novos parâmetros de interpretação e do entendimento dos novos institutos e do contexto do Direito Penal. É o que se pretende a seguir, partindo da crítica às interpretações atualmente vigentes para se chegar à nova proposição e solução dos casos expostos no início deste artigo.

2 A referência abarca tanto a *hard law* quanto a *soft law*. Tanto os tratados entre os países como as recomendações de órgãos como a OCDE têm modificado sensivelmente a legislação em matéria de Direito Penal Econômico e apontado para uma política criminal com os predicados ora mencionados.

3 Nessa esfera, é relevante a oposição entre os vetores de garantia e eficiência. Fernando Andrade Fernandes expõe como a busca por somente um dos dois não seria mais o esperado no contexto do Estado Democrático de Direito Social, bem como não seria sequer o mais adequado sob uma perspectiva dialética, levando-se em consideração que a interação sempre ocorrerá e que, ao se extremar um dos vetores, é possível que a reação do outro na esfera da política criminal seja igualmente extremada. Apesar disso, ainda há defensores de ambos os extremos. Em especial, no que se refere ao vetor de garantia, muitos o defendem no Brasil sob o argumento de defesa do Direito Penal clássico. Sobre o tema, ver FERNANDES, 2001.

4 Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

[...]

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

2 A mera participação e o conhecimento especial da criminalidade na atividade

A princípio, a interpretação literal poderia levar a algumas situações problemáticas. Por meio dela, seria possível entender como responsável por lavagem de dinheiro qualquer sujeito que somente participe de um agrupamento de pessoas, legal ou ilegal⁵, que comete esse delito em seu interior, tendo como única condicionante que tal sujeito conheça a existência dessa prática (conhecimento especial), pouco importando se ele participa ou não diretamente do cometimento do ato.

A interpretação acima causa preocupação em razão de sua amplitude. Com efeito, uma interpretação que considerasse crime a mera participação em grupo atingido pelo cometimento de lavagem de dinheiro seria materialmente inadequada porque tornaria responsabilizáveis todos e quaisquer agentes físicos de agrupamentos que têm a ocorrência de lavagem em seu interior, mesmo quando se tratasse de agrupamentos lícitos. Em resumo, puniria qualquer um que fosse membro de qualquer associação de pessoas, ainda que lícitas, em que a prática de lavagem de dinheiro se desse em seu interior⁶.

A inadequação fica ainda mais evidente se a interpretação literal é contraposta à sistemática. Isso se dá porque a própria Lei de Lavagem de Dinheiro, em seu art. 11⁷, admite que os agentes do sistema financeiro convivem diaria-

5 Em face da amplitude dos termos *grupo*, *associação* ou *escritório*, é possível se pensar em qualquer agrupamento de pessoas, incluindo aí as coletividades lícitas ou ilícitas.

6 Um exemplo pobre e extremo, mas bastante ilustrativo, seria o caso de ser punível por participação em lavagem um obreiro de qualquer das empreiteiras investigadas pela operação Lava Jato porque ele “participou de grupo tendo conhecimento de que a atividade secundária deste grupo era dirigida à prática de lavagem de dinheiro”, em referência ao fato de que sua atividade de obreiro ajudaria a encobrir a origem ilícita (lobby ilegal, suborno e superfaturamento) de grande parte do lucro da empresa e ele teria ciência disso por qualquer razão que fosse, inclusive a denúncia por meio dos órgãos de imprensa (o que o obrigaria a abandonar o emprego a partir do evento jornalístico). Obviamente, esse não é o intuito do legislador, e tanto os acusadores quanto a jurisprudência, de forma igualmente óbvia, afastaram esse tipo de interpretação que certamente significaria responsabilidade objetiva e, portanto, inconstitucional em face do princípio da culpabilidade individual, garantia individual fundamental e direito irrevogável dentro da ordem constitucional brasileira, com previsão no art. 5º, inc. XLV, da CRFB/1988.

7 A referência específica é ao seguinte:

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I- dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II- deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

[...]

b) das operações referidas no inciso I.

mente com operações que constituem *sérios indícios* de lavagem de dinheiro ou estão a ela relacionadas, exigindo a lei a comunicação imediata ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), tão logo identificado esse caráter suspeito.

Importante então observar como a proibição do art. 1º, § 2º, II, se harmoniza com a flexibilização do art. 11. A comunicação a que este se refere é o aspecto de cooperação entre esfera privada e poder público na chamada *autorregulação regulada*⁸, que no caso do aludido dispositivo se refere à cooperação com informação, não com a proibição de conviver com operações de lavagem de dinheiro. Isso porque, se é possível processar operações sobre as quais residem *sérios indícios* de lavagem, em última instância, considerando que estas são da ordem de milhares, é correto afirmar que, para um agente do sistema financeiro, a existência de lavagem de dinheiro dentro da atividade por ele desenvolvida é praticamente uma certeza⁹.

Corroborando o acima afirmado a compreensão do sistema por trás das comunicações aludidas. Por isso, é importante ressaltar que o ato de comunicar uma operação suspeita se insere dentro de um sistema que tem por sentido justamente comprovar que as suspeitas eram verdadeiras condutas de lavagem de dinheiro. As comunicações prestadas são enviadas ao órgão responsável e/ou ao COAF, que, por sua vez, elabora relatórios de inteligência financeira (RIF), apontando os riscos de lavagem mais evidentes.

Esses riscos apontados nos relatórios são, diga-se, essenciais para o julgamento do mérito das ações penais que versem sobre o crime de lavagem. Apurados pela polícia judicial e provados em juízo pelo órgão acusatório, podem lastrear de forma suficiente a condenação por este delito.

8 Neste mesmo contexto é que se inserem os programas de *compliance* acima apontados como um dos novos institutos de Direito Penal. Vide o já mencionado art. 10, III, da Lei n. 9.613/1998.

9 Não se trata aqui de mera especulação, pois é exatamente a evidência empírica que aponta na direção desta afirmação. Por mais que seja válido o argumento de que pode existir um determinado agente cujas operações suspeitas, ainda que sejam muitas, não configuram uma prática de lavagem de dinheiro sequer, aqui sim estaria a se falar de uma especulação, uma vez que os dados disponíveis apontam para um número de operações suspeitas comunicadas sempre superior a um milhão por ano e um índice de efetividade das informações prestadas na casa de 20%. Sobre os dados, ver OLIVEIRA; AGAPITO; ALENCAR, 2017, p. 365-388. Se isso puder significar que uma a cada cinco operações comunicadas seria de fato lavagem de dinheiro e que o número de operações comunicadas é imenso, então trabalhar com a hipótese de que os agrupamentos reconhecem a possibilidade de ocorrência de lavagem de dinheiro em seu interior como algo próximo de uma certeza não é especulação, mas sim verossimilhança. Considerando ainda que os agrupamentos precisam fazer a revisão de seus programas de *compliance* e índices de efetividade, o que dá aos seus agentes o conhecimento especial da existência de lavagem, então a simples continuidade no emprego a partir desse momento daria ensejo à persecução penal se utilizada a interpretação literal. Ao contrário do exemplo anterior extremo do obreiro, este caso especificamente já não é tão simples de se resolver, pelo que levanta a hipótese de que a interpretação literal não é a mais adequada ao caso.

Aqui reside o paradoxo entre a disposição do art. 11, a política criminal antilavagem e a interpretação literal do art. 1º, § 2º, II: de um lado, a condenação por lavagem de dinheiro, nos casos acima expostos, se dá em razão de práticas que só foram apuradas em função da informação de que uma operação suspeita foi processada pelo agente do sistema financeiro. De outro, em razão da reavaliação periódica do programa de *compliance* que presta as informações, feita para garantir que elas sejam corretamente prestadas, os agentes invariavelmente tomam conhecimento de que há lavagem de dinheiro na instituição. Ora, uma vez que, para a interpretação literal, basta que eles tenham o conhecimento especial e participem do grupo onde a lavagem ocorre, então haveria o preenchimento do tipo objetivo e subjetivo, o que tornaria os agentes do agrupamento penalmente responsáveis.

A toda evidência, não há como sustentar, em nível de política criminal, tamanho absurdo: se o ordenamento permite o processamento de operações que o agente do SFN sabe serem suspeitas de lavagem, não pode o mesmo ordenamento condenar alguém à prisão por integrar grupo que processa tais operações!

Assim é que, caso se aceitasse tal interpretação, por si só, sem coerência interna com a própria lei, tornar-se-ia impossível trabalhar em qualquer uma das instituições do sistema financeiro por ela tuteladas. Basta imaginar o caso dos bancos, que convivem diariamente com operações suspeitas: sabe-se que, invariavelmente, em algum momento, o banco sofrerá com a prática de lavagem, uma vez que tais instituições são o principal meio pelo qual esse crime se perpetra¹⁰. Daí se inferir, em um juízo precipitado, que a atividade bancária seria secundariamente dirigida¹¹ à lavagem de dinheiro e que, portanto, qualquer empregado dessas instituições poderia ser acusado de tal crime.

10 Neste caso específico, os dados gerais apontam que os bancos concentram a maior parte das operações financeiras e também é onde se concentra o maior número absoluto de operações de lavagem. Neste sentido, ver OLIVEIRA; AGAPITO; ALENCAR, 2017, p. 365-388.

11 A interpretação do termo *dirigida* pode gerar outros truncamentos, na medida em que se referiria ao dolo de cometer a lavagem desde o princípio, o que é algo que instituições como os bancos não teriam. Contudo, muitos agrupamentos também não têm esse direcionamento desde o início, como é o caso de empresas do ramo de construção civil nos casos recentes de maior repercussão, mas ao longo de suas atividades passam a adotar tal prática e cometem lavagem de dinheiro como atividade secundária.

No caso das instituições financeiras, se, de um lado, não se pode alegar que *elas não tenham dolo direto* de direcionar suas atividades para a prática de lavagem, de outro, se *elas sabem* que as operações suspeitas podem ser ilícitas porque os indícios são sérios, nada impediria que elas deixassem de operá-las para salvaguardar o sistema. Nesse cenário hipotético, caso não deixassem de fazê-lo, estariam direcionando secundariamente suas atividades para processar operações ilícitas.

No entanto, é por uma questão de idoneidade que isso é permitido: caso tais instituições deixassem de processar as operações por questão de suspeita, por mais forte que ela seja, então o sistema financeiro estaria seriamente prejudicado, principalmente porque nem todas as operações suspeitas se traduzem em lavagem de dinheiro.

Uma primeira forma de resolução desse problema seria invocar o princípio da *ultima ratio*: mesmo nos casos de agentes trabalhando com milhares de operações sob suspeita – causando a certeza de seu uso para lavagem –, se eles comunicarem cada uma dessas operações, estarão dentro da legalidade administrativa. Por esta razão, o princípio da *ultima ratio*, formulação clássica do Direito Penal e manifestação da proporcionalidade constitucional, exigiria a absolvição de todos os agentes que fossem administrativamente não responsáveis.

Ademais, uma vez que a atividade financeira é lícita, protegida pela Constituição da República em seus arts. 170 e seguintes, tal interpretação literal seria notadamente inconstitucional. Some-se a isso a infração ao princípio da culpabilidade individual: não se pode responsabilizar alguém pelo simples fato de fazer parte de uma organização, o que constituiria responsabilização por fato exclusivamente de outrem, infringindo o art. 5º, inciso XLV, da Lei Maior. Se é a Constituição o norte interpretativo da lei, poder-se-ia dizer que a interpretação literal estaria descartada por afronta direta ao seu conteúdo material.

O acima exposto já colocaria como argumento plausível o fato de que a interpretação literal, por si, é insuficiente. Exposta a necessidade de balizá-la, a hipótese levantada em princípio seria a da interpretação sistemática do dispositivo, ou seja, tomando em consideração o contexto político-criminal em que se insere.

Some-se a isso um argumento de pura lógica: o art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 abre a sua redação com a fórmula “incorre, ainda, na mesma pena quem”. Ora, não é razoável aplicar uma escala penal idêntica para quem pratica, diretamente, atos de lavagem e quem meramente participa de grupo onde essa prática ocorre. Há de existir, portanto, algo a mais que justifique a equiparação da reprimenda penal. Este *algo a mais* só pode ser apurado, novamente, a partir da compreensão valorativa imposta pela política criminal a ele subjacente.

3 Participação na condição de partícipe com *dolo de participação* e não de lavagem

Com vistas a dar interpretação mais adequada ao tipo em comento, partindo de interpretação orgânica e político-criminalmente orientada, Pierpaolo Cruz Bottini aponta para uma solução diferente, situando a questão na esfera do dolo.

Assim, a norma proibitiva careceria de idoneidade por não servir para evitar a lavagem de ativos e, ainda, atravancar o funcionamento do sistema financeiro, constitucionalmente protegido nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal. Por considerar essa atividade econômica mais importante do que a prevenção da lavagem a qualquer custo é que o legislador tornou a manutenção das atividades secundárias direcionadas à lavagem um risco juridicamente permitido. Não se prejudica o sistema financeiro e ainda se torna possível a ajuda ao Estado no combate à lavagem de capitais por meio da tutela de informações. É por isso, também, que os riscos penais pelo mesmo fato estão na esfera do juridicamente permitido, não configurando o necessário para se responsabilizar alguém pela mera participação.

De acordo com o autor, o processo de lavagem de dinheiro:

[...] tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal – momento do nascimento do capital ilícito – e se inicia com a *ocultação* dos valores ilicitamente aferidos. Desenvolve-se nas diversas operações posteriores para *dissimulação* da origem dos bens, e se completa pela *reinscrição* do capital na economia formal com aparência lícita (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 25, grifos do original).

A primeira fase da lavagem, então, seria a ocultação: distanciar o valor de sua origem criminoso. Os exemplos mais comuns de ocultação são *smurfing* e *structuring*, que consistem em fazer depósitos que burlam o sistema de comunicações (*compliance*), converter os bens ilícitos em moeda estrangeira, depositar nas contas de laranjas, fazer transferências para fora do país, enviar para entrada no caixa de serviços pouco controlados, enviar para atividades que impliquem intensa e massiva movimentação de dinheiro – cassinos, por exemplo – e até mesmo enterrar o dinheiro ilícito (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 26-27).

A segunda fase seria a dissimulação, caracterizada pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que afastam os valores de sua origem ilícita, tornando mais difícil provar sua origem e ilicitude, dando aparência de legalidade às operações que se seguirão.

A terceira e última fase seria, enfim, a reinscrição ou integração, isto é, a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude.

Pelo tipo do *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, observa-se que a mera ocultação já basta para caracterizar a lavagem. No entanto, ainda que a legislação não exija a completude do ciclo exposto – bastando a ocorrência da primeira fase –, o dolo tem que visar à fase final, isto é, é imprescindível a intenção de reciclar os bens, pelo que não se pune, por exemplo, quem oculta sem intenção de reinscrir os ganhos na economia com aparência de licitude¹². Dessa forma, se existe *dolo de lavagem*, então tudo que refere às fases de dissimulação e reinscrição entrará na cadeia de responsabilidades penais (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 26-27)¹³.

12 Este caso de ocultar sem intenção de reinscrir os ganhos na economia com aparência de licitude tem como exemplo clássico enterrar o dinheiro para esconder por algum tempo e depois somente desenterrar e depositar tudo em espécie no banco ou gastar com bens móveis e imóveis despreocupadamente. Esta conduta não tem a capacidade de ocultar de fato a origem ilícita desses proveitos, por isso é uma ocultação não punível como lavagem (ausência do dolo especial de ocultar a origem na reinscrição). Este exemplo foi o que se viu no caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza, a ver: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL321428-5598,00-SUSPEITO+POR+ROUBO+AO+BC+DE+FORTALEZA+TINHA+COFRE+ENTERRADO+SOB+FOGAO.html>>. Seria diferente a hipótese caso o agente dono do dinheiro o tivesse enterrado e estivesse buscando vendedor de bilhete premiado de loteria que trocaria pelo dinheiro enterrado.

13 Veja-se, neste sentido, o AgRg no AREsp 328229 SP, rel. ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15.12.2015, *DJe* de 2 fev. 2016.

Compreendidas as etapas do processo de lavagem de dinheiro, a solução proposta por Bottini para o inciso II do § 2º do art. 1º da Lei de Lavagem resta mais clara. Em seus comentários, o autor afirma que:

O ato típico do § 2º, II, em uma primeira leitura, parece bastante abrangente, pois abarca qualquer pessoa que participe de *organização* com conhecimento que sua atividade *principal ou secundária* é dirigida à *lavagem de dinheiro*. Trata-se aparentemente de uma *expansão* do conceito de *participação* em fato delituoso, pois não se exige qualquer ato de colaboração efetiva com a *lavagem de dinheiro*, mas o mero pertencimento a grupo que pratique tais atos, ainda que em caráter secundário e eventual.

No entanto, a interpretação das normas penais impõe *razoabilidade* para evitar soluções contraditórias ou despropositadas. A aplicação literal do dispositivo em comento caracterizaria objetivamente como agente de *lavagem de dinheiro* todo empregado, que desempenhe qualquer função em empresa ou organização cuja atividade mesmo *secundária* seja o encobrimento de dinheiro sujo. Basta que ele saiba dessa atividade ilícita, ainda que dela não participe. Parece excessivo imputar a *lavagem de dinheiro a todos* os integrantes de empresa que saibam ou tenham ciência dos atos ilícitos ali praticados, mesmo que suas funções específicas não tenham qualquer relação concreta com o crime em comento (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 117, grifos do original).

E conclui:

Para evitar essa ampliação desmesurada da incidência da norma penal, deve-se cotejar o dispositivo em comento com as regras de concurso de agentes do art. 29 do CP. Será *autor/partícipe* todo aquele que *contribuir* para a prática do delito, da organização e saiba de sua atividade ilícita. Em outras palavras, parece mais razoável interpretar o § 2º, II, de acordo com as regras do art. 29 do Código Penal, imputando a prática da *lavagem de dinheiro* àqueles que ostentam a qualidade de *autores ou partícipes* de tais atividades (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 117, grifos do original).

A partir do exposto, restaria apurar o que se entende por participação em lavagem de dinheiro. E, para o autor, imputar responsabilidades penais na participação se insere no contexto da imputação objetiva¹⁴, que na Lei n. 9.613/1998 tomaria as seguintes feições específicas:

Em suma, a *participação* na lavagem de dinheiro, na modalidade de *colaboração material*, somente tem relevância penal se (1) o agente criar um *risco*, (2) esse risco *não for permitido* – (2.1) porque desrespeita *normas*,

14 A imputação objetiva utilizada pelo autor segue, nesse caso, os critérios propostos por Claus Roxin: criação de um risco juridicamente desaprovado que se realiza no resultado. Nesse sentido, mais em GRECO, 2013, em especial p. 130 e ss., que esquematizam o acima afirmado.

atos normativos e regras técnicas profissionais de cuidado ou (2.2) porque viola o *dever normal de cautela derivado da experiência geral da vida*, que consiste no dever de *cuidado ou abstenção* nos casos em que (2.2.1) seja *previsível o resultado* (sob uma perspectiva *ex ante* levando em consideração os *conhecimentos especiais do agente*), e que (2.2.2) seja *exigível o cuidado* (baixo custo social da cautela e idoneidade da mesma para proteger bens jurídicos) – (3) esse *risco não permitido* contribuir *causalmente* para o resultado e (4) o resultado estiver dentro do *âmbito de abrangência* da norma de cuidado (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 133-134, grifos do original).

Assim, para Bottini, é justamente esse o limite interpretativo do tipo penal do § 2º, II, do art. 1º da lei em comento: a participação a que se refere este tipo é a participação do art. 29 do Código Penal (CP), associada aos demais tipos da lei antilavagem.

A pergunta óbvia que se apresenta de imediato é: ora, qual seria, então, a diferença do § 2º, II, para as demais descrições típicas do art. 1º da Lei n. 9.613/1998? Esta interpretação sugere igualar a semântica de *participação* e igualar as consequências dos dispositivos. Contudo, se a participação já estava prevista desde o início, com base uso do art. 29 do Código Penal, então não haveria por que o legislador repetir algo que já se sabe aplicável, muito menos por meio da criação de outro tipo específico.

A diferença residiria, enfim, no dolo que se exige nos diferentes tipos, a ver:

Com isso, voltemos à modalidade típica do § 2º, II, do art. 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro. Apenas pratica a conduta típica aquele que *participa de grupo, associação ou escritório com conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de lavagem se colaborar efetiva e positivamente* com alguma das práticas previstas nos dispositivos anteriores, ou a título de *colaboração moral*, ou de *colaboração especial*, neste último caso *criando ou reforçando um risco não permitido de resultado*, que contribua *causalmente* para a *lavagem*, no âmbito da norma violada, e *com dolo de participação*. O agente que presencia atos de lavagem, mas deles não participa, não é imputável pelo *silêncio*, a não ser que haja um *dever de garantia* a caracterizar sua conduta como *omissão imprópria* (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 116, grifos do original).

Vê-se, neste trecho, que o autor deixa bem claro que aquele que somente faz parte do grupo, associação ou escritório, ainda que com conhecimento do direcionamento à prática de lavagem, não será responsabilizado por nada fazer para evitá-la, exceto quando colaborar efetiva e positivamente para a lavagem de dinheiro.

Com efeito, essa interpretação resolveria os problemas de inconstitucionalidade apontados no capítulo anterior. E, para diferenciar o § 2º, II, do art. 1º,

caput, o autor considera que o dolo, que antes era o de reinserir ou integrar o dinheiro ilícito na economia formal, passaria a ser o dolo de participar do grupo que comete lavagem, ou seja, o dolo de participação, de auxiliar material ou moralmente os autores da lavagem ao se manter no grupo que comete os delitos.

Dessa forma, se o agente participa do processo de lavagem em qualquer das suas fases – mesmo que sem o dolo específico de reintegrar o capital sujo na economia, mas consciente de que o grupo pratica lavagem –, aderindo à conduta proibida, estará caracterizado o dolo no resultado criminoso, ainda que como obra alheia, ou seja, o dolo de participação, que pode justificar a condenação na mesma pena dos demais tipos de lavagem.

Trata-se de interpretação que se vale da exigência de um elemento subjetivo mais especial (o dolo especial de participação no grupo e não de reinserção dos ativos ilícitos), aplicando a todo o resto a mesma imputação objetiva do tipo, buscando assim resolver os vários problemas de constitucionalidade anteriormente apontados. De fato, percebe-se que os problemas anteriormente apontados não se repetem aqui, uma vez que há responsabilidade por fato próprio, respeito à *ultima ratio* e manutenção da valoração de política criminal norteadora da lei na interpretação de seu dispositivo de forma orgânica.

Outro ponto que chama atenção nesta interpretação é o fato de que ela exclui totalmente o delito anterior da esfera de discussão do tipo de lavagem. Com efeito, pode ser que o grupo pratique um delito anterior qualquer e, ato contínuo, pratique a lavagem de dinheiro. Mas é possível, também, que um sujeito específico desse grupo queira participar apenas do crime antecedente, mas não das condutas que caracterizam o processo de lavagem, caso em que a interpretação de Bottini evita uma punição desproporcional pelo mero fato de se fazer parte do grupo.

A punição pela participação em lavagem, nessa hipótese, só se dá para quem participa de alguma de suas fases, excluindo quem só tenha adquirido e repassado o proveito ilícito. Isso tem relevância, por exemplo, nos casos de tráfico de drogas em que as organizações fazem a comercialização e a lavagem ao mesmo tempo, pois permite excluir os agentes que só participam da fase do tráfico e não da lavagem, mesmo que eles participem do mesmo agrupamento que tem por função lavar dinheiro.

É possível atribuir a essa construção, ainda, a busca de um dolo específico que se refira à conduta do verbo-núcleo do tipo (dolo de participação para *quem participa*).

Por outro lado, a solução proposta por Bottini apresenta, sob a perspectiva deste artigo, o problema de não referenciar o verbo-núcleo do tipo na esfera do tipo objetivo, qual seja, *participar*. Ao equiparar o verbo *participar* à

participação do art. 29, CP, o autor faz com que não mais se refira à conduta de participação do grupo, associação ou escritório, mas tão somente às demais condutas de lavagem incriminadas na Lei n. 9.613/1998.

Em última instância, enquanto a redação do tipo passa a mensagem normativa de que é proibido participar de agrupamento naquelas condições específicas, na interpretação do supracitado professor, um determinado sujeito seria condenado com fundamento nesse tipo penal, não porque infringiu seu conteúdo normativo objetivo e participou do agrupamento, mas sim porque praticou alguma das demais condutas de lavagem na modalidade de participação e em concurso com outros sujeitos de um agrupamento que comete os atos de lavagem.

Por isso é que se afirma, como crítica ao posicionamento do autor, que ele (apesar de se valer da imputação objetiva para construir seu posicionamento) busca por uma solução na esfera do dolo ou da finalidade para questão que é de índole claramente objetiva e que precisa ser resolvida na totalidade do tipo penal, analisando suas funções e os influxos da política criminal.

Por essas razões, passamos a seguir para o posicionamento que enfrenta a questão sob o prisma do tipo objetivo.

4 “Superquadrilha”

Um posicionamento observado na doutrina e, de certa forma, intuitivo, é o que considera a norma estudada um tipo específico de associação criminosa para fins de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, a lição de Delmanto:

A preocupação do legislador, não temos dúvida, foi a de ampliar, ao máximo, o alcance da punição criminal, abrangendo aqueles que, a rigor, dificilmente seriam condenados como co-autores ou partícipes de lavagem propriamente dita, em razão da dificuldade em particularizar a sua conduta dolosa, bem como prová-la. Daí o tipo deste § 2º, II não deixar de ser uma forma especial do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), embora não exija, como aquele, o número mínimo de quatro pessoas (DELMANTO, 2006, p. 563).

Apesar de incorporar elementos de novos institutos, como o novo conceito de organização criminosa, na legislação brasileira, esta tese esbarra em dois problemas: (1) a própria ideia de organização e associação criminosa nos crimes econômicos é problemática e; (2) ainda que a conduta incriminadora mantenha semelhanças, o crime do art. 1º, § 2º, II, é um tipo bastante diferente daqueles de associação criminosa do art. 288, CP e da organização criminosa da Lei n. 12.850/2013.

No caso da (1), crítica ao uso dos tipos de organização e associação criminosa nos crimes econômicos, parte-se da ideia de que a grande maioria dos crimes econômicos se dá na esfera dos crimes empresariais:

O entorno delitivo da prática do crime econômico parece, pois, legitimizar a estampa genérica de um crime empresarial. Isso se dá, pois esse Direito Penal da Empresa integra um contexto político-criminal que tem a empresa como um ator essencial na própria Economia, identificando-se ela como o grande foco criminógeno desse setor (SILVEIRA, 2013, p. 159).

Dessa forma, é preciso saber quando os tipos de associação ou organização criminosa se aplicarão aos delitos econômicos. Isso se dá porque empresas constituídas em um ambiente normal de licitude são coletividades cuja reunião de pessoas se dá para a atividade econômica lícita de interesse de toda a sociedade, e não para o cometimento de crimes, mesmo quando eles ocorrem na esfera da empresa. Nesse sentido:

Da mesma forma com que não se ofende a paz pública com a reunião prévia com mais de quatro pessoas para a prática de atividades lícitas – a formação da empresa – também não se aceita que se tenha prática criminal dos dirigentes dessa mesma empresa imputação posterior por crime de quadrilha ou bandos (SILVEIRA, 2013, p. 165).

Já se vislumbra, de plano, que não serão muitos os casos em que se aplicará a associação ou organização criminosa nos crimes econômicos.

Essa crítica não perde a validade mesmo quando a prática penal brasileira caminha no sentido contrário. A simples organização formal de uma criminalidade de empresa, justamente porque se dá em um ambiente já organizado¹⁵, não torna essa *criminalidade organizada* uma *associação* ou *organização criminosa* nos moldes da lei.

A distinção se impõe porque a *organização criminosa* é um agrupamento nem sempre tão bem e rigidamente estruturado como uma empresa. Por outro lado, trata-se de agrupamento que tem como característica intrínseca justamente o intuito, desde o princípio, de cometer crimes. Essa característica, própria da *organização criminosa*, muitas vezes não será vista na criminalidade de empresa.

A empresa, por outro lado, necessita ser, por definição, uma atividade organizada. E se a criminalidade ocorre dentro dela, não há como isto se dar de forma apartada de uma estrutura organizacional que seja ao menos formal. Daí a conclusão de que seria exagerado igualar qualquer *organização na prática do delito* com *organização criminosa*.

Para diferenciar o concurso de agentes da organização criminosa (em especial para a criminalidade de empresa), seria necessário, enfim, um limiar

15 Afinal, a empresa seria de toda forma uma organização de atividade econômica profissional para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, nos moldes do art. 966 do Código Civil.

de relevância, ao que a doutrina responde com a quantidade de agentes e a motivação da reunião. Ou seja, só é organização criminosa a reunião estável e permanente composta por um número mínimo de agentes com o fim de cometer crimes indeterminados.

Em face disso, o entendimento do tipo do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 como “superquadrilha” terminaria por desconsiderar a relevância dos fatores acima aventados, caindo, mais uma vez, na infração ao princípio da legalidade – falta de taxatividade do tipo – e da culpabilidade individual – responsabilização por fato alheio.

Assim, para a criminalidade de empresa, com exceção das associações verdadeiramente ilícitas, isto é, empresas já criadas para servirem a interesses criminosos¹⁶, “o emprego da noção de crime organizado é falso sob o plano científico, mostrando-se simplesmente uma teoria conspiratória” (SILVEIRA, 2013, p. 165-166).

Sob esse ponto de vista, só seria possível entender como presente uma organização criminosa dentro de uma empresa se essa empresa fosse, propriamente, uma empresa ilícita. Nos demais casos, estar-se-ia diante de mero concurso de agentes.

Para fundamentar tal interpretação, Renato de Mello Jorge Silveira traz precedente do próprio Supremo Tribunal Federal e alguns comentários sobre ele, a ver:

Seguindo esta linha de pensar, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 92.499/SP, chegou a mencionar que “por maioria, a 1ª Turma concedeu habeas corpus para determinar o trancamento de ação penal quanto à imputação aos pacientes da suposta prática do delito de formação de quadrilha (CP, art. 288) para consecução de crimes contra a ordem tributária”. Nesse sentido, prevaleceu o voto do Ministro Marco Aurélio, que considerou que os indícios apontados para se chegar à pretensão punitiva quanto ao crime de quadrilha não seriam idôneos. Afirmou ver com reserva denúncias que contivessem convergência de imputação de crime fiscal e de crime de quadrilha, na medida em que não poderia imaginar que alguém constituiria uma sociedade simplesmente para sonegar, mormente pessoas que possuíssem ficha ilibada. Mencio-

16 A estas empresas já criadas para servirem a interesses criminosos se daria o nome de empresa ilícita. Explicando a empresa ilícita e sua particularidade na relação com associação criminosa, Renato Silveira: “Na verdade, a criminalidade, no âmbito empresarial é bastante peculiar. Schöneman chega a distinguir a criminalidade na empresa, criminalidade da empresa e própria empresa ilícita. Sinteticamente, a primeira diria respeito a crimes contra a empresa; a segunda, diria respeito a condutas ilícitas no contexto de uma empresa lícita; e a terceira, a condutas praticadas por uma empresa estruturada para fins ilícitos. Aqui, se faz presente a irretorquível observação de Estellita, para quem ‘o que se tem visto com desconcertante frequência, todavia, é a identificação automática da criminalidade de empresa com a empresa ilícita, com a imputação automática de quadrilha ou bando sempre que se denunciem mais de três responsáveis (sócios, diretores, gerentes, administradores, etc.) por crime praticado na atuação empresarial (criminalidade de empresa)’”. (SILVEIRA, 2013, p. 171).

nou que não se poderia partir do pressuposto de que se formalizaria uma pessoa jurídica para a prática de crimes. Assim, não se presumiria – por essa criação – o dolo específico do delito de formação de quadrilha. Destacou sua preocupação com a prática do *Parquet* de denunciar pelo crime de sonegação e, a partir da reunião de pessoas num corpo societário, lançar, também, a imputação por formação de quadrilha. Ressaltou, no ponto, que a inicial acusatória teria de reunir dados e indícios para se chegar a essa conclusão. A Ministra Carmem Lúcia, ao acrescentar que, “de fato, a descrição dos comportamentos dos pacientes não tornaria factíveis ou óbvios os indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas para a prática do crime em questão”.

Ao comentar tal decisão, Reale Jr. assevera que a mesma “reforça ser inadmissível confundir-se um acordo de vontades com o dolo e associação para delinquir, de vez que a finalidade principal e razão da associação estão na realização de uma atividade lícita, no curso da qual se vem a praticar delitos, em especial contra a ordem econômica”. Apesar da contradição em termos verificada na imposição genérica de alegação da presença de organização criminosa em casos penais econômico-empresariais, constata-se, ainda, a esperança na racional interpretação jurídica. O passo que deveria ter sido buscado – e que não foi alcançado – seria a inicial reforma da tipificação associativa, buscando-se um injusto próprio na organização, onde não fosse unicamente mencionada a questão da paz pública, aqui não ofendida. Até lá, o vício será patente e não se poderá sob pena de perda de legitimidade, utilizar-se da alegação expansiva do tipo contra tal paz pública para a criminalidade econômica (SILVEIRA, 2013, p. 172-173).

Partindo dessa crítica, é possível deduzir que se o uso dos tipos de associação e organização criminosa nos delitos econômicos é bastante restrito às empresas ilícitas, tal também se aplica ao caso da lavagem de dinheiro.

Portanto, entender que o tipo do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 é uma previsão especial de associação criminosa com a finalidade específica de lavar dinheiro seria evidenciar uma contradição insanável, uma vez que qualquer empresa lícita em que ocorreu lavagem se tornaria, automaticamente, uma empresa ilícita, dando azo a uma equiparação indesejada.

Isso porque, ao se condenar alguém por somente participar de um agrupamento onde ocorre lavagem, ou se entende que (a) a existência de um pequeno grupo praticante de lavagem dentro de toda uma estrutura irá contaminá-la por inteiro e transformar em empresa ilícita toda a atividade econômica do grupo, associação ou escritório, ou que (b) o tipo só se aplicaria às empresas ilícitas.

Se a primeira interpretação (a) parece extremamente incriminadora e traz os já tão debatidos problemas de constitucionalidade, por outro lado, a segunda interpretação (b) teria aplicação restrita, valendo somente para os

membros da empresa ilícita que nem de longe participam da atividade delituosa, mas sabem de sua finalidade.

Esta segunda hipótese (b) é questionável também pelo fato de que, na maioria dos casos, ou o agente já era punível por outra figura de lavagem cumulada com a associação/organização criminosa ou, de outro modo, o agente simplesmente não era punível e se faz um esforço enorme para encontrar uma forma de responsabilizá-lo (responsabilização por mera participação no grupo, objetiva), caindo nas mesmas críticas da primeira hipótese (a).

Ressalte-se que não há sentido em usar o § 2º, II, do art. 1º da Lei de Lavagem para punir aqueles que, de fato, se reuniram para praticar a lavagem, porque as condutas desses agentes já seriam puníveis por outras figuras do art. 1º, de modo que tal reunião representaria não um tipo de associação para lavagem específico, mas sim a própria prática de lavagem.

Contudo, o problema não termina aqui. Caso se considere possível o uso dos tipos de associação e organização criminosa no âmbito da empresa – e não só para os crimes de empresa ilícita –, a interpretação de que o tipo seria uma “superquadrilha” ainda teria problemas.

Isso porque (2) o tipo não especifica o número de pessoas associadas, além de incriminar a participação em *grupo, associação ou escritório*, em expressa referência a atividades lícitas e não à associação com a finalidade de praticar lavagem, o que levaria a concluir que houve um defeito de redação do tipo bastante improvável.

Nesse caso, o tipo parece querer abarcar não só as empresas ilícitas, mas justamente a atividade econômica lícita, de modo que a solução da “superquadrilha” ou é (a) inconstitucional ou é (b) insuficiente e tem redação defeituosa.

Portanto, falta taxatividade ao tipo, o qual não aponta o número mínimo de membros apto a configurar uma associação para fins de lavagem, além daquilo a que se aludiu já nas primeiras linhas deste artigo: a previsão viola princípios constitucionais básicos, a exemplo da culpabilidade individual e da proteção e incentivo da ordem econômica e financeira.

Essa interpretação levaria, ainda, a outras situações questionáveis, como a tentativa de dupla condenação no mesmo tipo penal: tentar condenar alguém por praticar a lavagem de dinheiro na modalidade do art. 1º, *caput* ou § 1º, e, sem prejuízo disto, também pela associação do § 2º, II. Ocorre que esta é modalidade equiparada à primeira, algo exatamente oposto ao que se vê, por exemplo, nos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, onde se cumulam os delitos de tráfico e associação para o tráfico, porque distintos e autônomos.

Obviamente, essas condutas só poderiam ser cumuladas imputando-se a lavagem e a associação/organização criminosa, que valem para todos os crimes. Neste caso, porém, haveria a conseqüente inutilidade da norma do § 2º, II, visto que ela perderia a função de separar a associação delitiva das condutas específicas de lavagem de dinheiro; além disso, ela não seria útil para cumular as duas condutas, pois a imputação simultânea das duas figuras típicas representaria “uma associação para associar-se”, o que não faz qualquer sentido.

Fica visível, portanto, que a interpretação em análise tornaria a norma inviável. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira:

Além disso, dados os mecanismos processuais mais severos da lei de lavagem de dinheiro, chega-se a sustentar a pretensão de imputação de prática de lavagem, dada por organização criminosa, utilizando-se a descrição da figura do crime de quadrilha ou bando, unicamente pela presença de mais de três autores. Isso não deixa de ser menos absurdo, pelas próprias razões já expostas (SILVEIRA, 2013, p. 170).

Finalmente, uma solução diferente deve ser proposta para a interpretação do tipo, visando à sua adequação ao ordenamento jurídico vigente, de forma a não infringir a Constituição Federal, não contradizer a própria Lei n. 9.613/1998 ou as demais normas infraconstitucionais, bem como manter o alinhamento à política criminal vigente.

Tal solução passa por observar, primeiramente, o contexto em que a lei se insere.

5 A lei antilavagem no contexto da padronização internacional e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de Viena, de 1988

Para compreender o tipo em comento, tão incomum dentro do ordenamento jurídico nacional, faz-se necessário entender que a Lei n. 9.613/1998 é produto de discussão transnacional e padronização do direito, em especial em matéria de alinhamento da política criminal e cooperação internacional. Somente após assentada esta premissa é que se poderá propor alguma solução na interpretação do tipo.

Sobre o tema, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 24-25) discorre que o poder econômico das organizações criminosas contemporâneas, em especial as que lidam com os delitos de tráfico, exigiu a tipificação da lavagem para reprimir seu braço financeiro. Ao mesmo tempo, o caráter transnacional delas impediu a implementação de políticas nacionais e isoladas de combate à lavagem de dinheiro. Seguindo o modelo produtivo vigente, o crime também

se vale da livre circulação internacional de mercadorias, ativos e pessoas. Por essas razões, o rastreamento do dinheiro exigia o desenvolvimento de instrumentos de cooperação internacional e um esforço para uma mínima harmonização das legislações nacionais, voltado à compatibilização de seus preceitos e à facilitação de comunicações, atos e diligências conjuntas.

Ao mesmo tempo, com a abertura do Brasil a investimentos estrangeiros, a criação de regras voltadas à solidez institucional e financeira do País se tornou uma exigência, diretamente ligada ao esforço de prevenção à lavagem de ativos de capital (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 37).

A princípio, a adesão brasileira à padronização regulatória e cooperação internacional se deu no âmbito da assinatura das convenções internacionais que se produziam sobre o tema. Entre elas, três merecem destaque por terem sido incorporadas formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, impactando diretamente a construção legislativa e a interpretação das normas referentes ao crime em análise: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 30).

Embora a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, estivesse originalmente voltada ao combate internacional do tráfico de drogas, a partir da influência da política criminal de *guerra às drogas* norte-americana, o texto da convenção trouxe à tona os problemas correlatos, em especial a lavagem de dinheiro. A convenção, datada de 1988, foi internalizada por meio do *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*, sendo a fonte primária da Lei de Lavagem brasileira, em razão de seu artigo 3, 1, “b” e “c”¹⁷.

17 Artigo 3

Delitos e Sanções

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

a)

i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971;

ii) o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada;

iii) a posse ou aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades enumeradas no item i) acima;

iv) a fabricação, o transporte ou a distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas;

v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv);

A seguir, como citado, são relevantes também a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de Palermo, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de Mérida. A primeira prevê a criminalização da lavagem de dinheiro em seu artigo 6, 1¹⁸; enquanto a segunda o faz no artigo 23, 1¹⁹.

b)

i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos;

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;

c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico;

i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão;

ii) a posse de equipamentos ou materiais ou substâncias, enumeradas no Quadro I e no Quadro II, tendo conhecimento prévio de que são utilizados, ou serão utilizados, no cultivo, produção ou fabricação ilícitos de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas;

iii) instigar ou induzir publicamente outrem, por qualquer meio, a cometer alguns dos delitos mencionados neste Artigo ou a utilizar ilicitamente entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas;

iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito.

18 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a)

i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

19 Artigo 23

Lavagem de produto de delito

A Convenção de Palermo data de 2000 e foi internalizada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, ao passo que a Convenção de Mérida data de 2003 e foi internalizada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, ou seja, ambas são posteriores à Lei n. 9.613/1998. Não obstante, não há dúvida de que elas são válidas para interpretar os dispositivos da Lei de Lavagem.

Também é importante ter em conta que o art. 1º, § 2º, II, tem a mesma redação desde a edição daquela lei, passando incólume pelas reformas feitas nesse diploma. Por isso, parte-se da Convenção de Viena para tentar apurar o significado do dispositivo produzido pelo legislador brasileiro, tendo em conta que vem daí sua inspiração e obrigação de legislar.

Especificamente sobre a Convenção de Viena, Bottini lembra que a partir dela é que se deu o compromisso brasileiro de combater a lavagem de dinheiro, e por causa de suas disposições reclamando a tipificação da conduta, terminou por ser aprovada a Lei n. 9.613/1998 (BADARÓ;BOTTINI, 2012, p. 25).

A partir da leitura da redação do artigo 3, 1, da referida convenção, é possível observar que o tipo do art. 1º, § 2º, II, tem respaldo na alínea c, iv, que prevê a criminalização da participação em qualquer dos delitos mencionados no artigo 3, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito de lavagem.

É notável que, no preceito da alínea c, o texto condiciona esta criminalização à recepção constitucional e conceitual (em matéria de direito penal) pelo direito interno.

A questão se torna ainda mais interessante quando se considera que o preceito a pedir a criminalização é bastante diferente do tipo vigente no direito interno. Disso se infere que o legislador nacional entendeu que a forma de criminalizar aquela *associação* para lavagem se daria com a criação da partici-

1. Cada Estado Parte adotarà, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente:

a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as consequências jurídicas de seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens ou do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito;

b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua receptação, de que se tratam de produto de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática.

pação do § 2º, II, do art. 1º. Isso porque a punição pela *participação* (diferenciando da autoria) já era possível a partir da simples aplicação do Código Penal.

Veja-se que, inclusive, isso é exatamente o que se faz em caso de participação com auxílio moral ou material e ausência do dever de revelar a licitude da origem do próprio capital (aí incluindo a assistência, a incitação, a facilitação e o assessoramento). O tipo de participação em agrupamento que sabe cometer lavagem é evidentemente uma referência à associação que a convenção pediu para criminalizar, ou seja, visa a coibir o uso de agrupamentos lícitos para o cometimento do delito.

Portanto, faz-se necessário compreender o processo de formação da convenção para entender como a discussão adjacente teria levado ao que se chegou aqui.

Em seu denso livro sobre o delito de lavagem de dinheiro, Isidoro Blanco Cordero (2002, p. 100-106) descreve o processo de formação do texto da Convenção de Viena, marco inicial da tipificação da lavagem de dinheiro. Na obra é possível encontrar longa controvérsia sobre a figura típica em discussão.

Já no texto inicial da convenção, posto para discussão ainda em 1986, pretendeu-se sancionar como delitos graves os atos preparatórios e os diversos graus de participação e execução nas condutas de aquisição, posse, transferência ou lavagem, naquilo que o autor chamou de “adiantamento das barreiras da intervenção penal” (BLANCO CORDERO, 2002, p. 100-106). Esses elementos representaram o passo inicial do caminho que culminou na atual previsão da figura da participação em lavagem da lei brasileira.

Ainda em 1986, alguns países, com destaque para a Alemanha, apresentaram diversas observações ao projeto. No que toca ao dispositivo em discussão, vários países solicitaram sua supressão, alegando que a questão deveria ser regida pelas normas gerais de execução e participação de cada país. Além disso, queixavam-se do elemento subjetivo, exigindo mais restrições acerca do conhecimento especial, o qual deveria ser específico sobre saber que lidava com dinheiro procedente do narcotráfico (BLANCO CORDERO, 2002, p. 101).

No ano seguinte, o primeiro projeto da convenção foi consolidado, a partir das observações apresentadas pelos países, e o projeto foi aberto para revisão de especialistas. Estes se centraram precipuamente na cláusula de reserva, preocupados que a convenção pudesse perder grande parte de sua efetividade caso houvesse muitas reservas a um de seus dispositivos mais importantes, o que mandava criminalizar a lavagem de dinheiro. O foco passou a ser flexibilizar o tipo, em especial reforçando as exigências subjetivas, a abertura quanto às sanções e a definição e limitação do âmbito de aplicação do inciso relativo à lavagem, sobretudo com preocupações acerca de *interpretações extensivas injustificadas* (BLANCO CORDERO, 2002, p. 101-102).

Após muitos debates, chegou-se à redação final: o parágrafo 1 do artigo 3 se subdividiria nos incisos *a* e *b*, em que *a* não permitiria reservas e *b* se sujeitaria ao ordenamento interno de cada país. A preocupação então se centrou em delimitar melhor o tipo de lavagem, de modo a evitar a penalização de pessoas de boa fé ou de outras pessoas implicadas com os delitos tutelados para evitar “limitações desnecessárias ao livre comércio” (BLANCO CORDERO, 2002, p. 103). A principal reclamação era justamente sobre a extensão do inciso *c*, relativo à sanção dos atos preparatórios, a tentativa e a participação, que enfrentaria dificuldades no ordenamento jurídico de alguns países.

No ano de 1988, houve o reforço das exigências subjetivas sobre a procedência dos bens, como queriam muitos Estados-Partes, mas a maior reclamação, acerca dos atos preparatórios, permaneceu com a imposição do tipo (BLANCO CORDERO, 2002, p. 103-104). Em face de seu caráter evidente de legislação da *common law* e dos problemas de ordem constitucional e dogmática atinentes a vários países de tradição romano-germânica, previu-se a possibilidade de adequar o tipo aos ordenamentos internos, de forma a mitigar o problema (BLANCO CORDERO, 2002, p. 105-106).

Então, finalmente, em 20 de dezembro de 1988, a Convenção de Viena, que impunha o dever de tipificar internamente aquelas figuras do tratado, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Notável que se trata de dispositivo que sofreu discussão acentuada justamente em relação à figura típica em análise e, também, em razão de distinções das culturas jurídicas entre os países signatários. E a opção adotada foi deixar a especificação da regulação adaptável aos ordenamentos internos. Conclusão: é essencial que a interpretação do tipo do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 esteja em conformidade com o ordenamento jurídico, em especial com a Constituição Federal. Trata-se, em última instância, de análise de internalização de questão de Direito Penal Internacional²⁰.

Nessa esfera de análise, importa especificamente a análise dogmática, que irá internalizar para a cultura jurídica brasileira os institutos de Direito Internacional. O problema que se coloca é que tal análise dogmática

decorre, em grande medida, da ciência jurídico-penal alemã, que exerce uma grande influência em ordenamentos surgidos a partir do pensamen-

20 Importante ter em conta que a terminologia adotada é proposital e exige uma explicação terminológica anterior. Nesse sentido, adotamos aqui o conceito de crimes internacionais (por isso Direito Penal Internacional) exposto pelos professores Carlos Japiassú e Artur Gueiros em seu Curso de Direito Penal, a ver: “De toda maneira e em que pese haver respeitáveis opiniões divergentes, aqui se adota um conceito de crimes internacionais subdividido em três espécies: em sentido estrito ou propriamente ditos; em sentido amplo ou transnacionais; e por contaminação ou difusão” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2011, p. 316). Vê-se que o crime de lavagem é um crime internacional em sentido amplo, transnacional.

to jurídico europeu continental. Todavia, para a formação do Direito Penal Internacional, o sistema jurídico de maior relevância é o da *common law*, que é assentado em bases bastante diversas (SOUZA, 2011, p. 317).

A partir dessa premissa é que se nota que o dispositivo em discussão é justamente formado por primados da *common law*: a referência à participação sem necessariamente distinguir entre autoria e participação, o pedido de criminalização de associações, a despreocupação com o elemento pessoal (dolo)²¹. Para que esses elementos sejam incorporados à cultura jurídica brasileira, de herança romano-germânica, na forma de “participação em agrupamento sabendo da existência de lavagem”, é preciso fazer uma leitura anterior acerca de como se dão os processos de atribuição de responsabilidade em esfera de Direito Penal Internacional e como isso seria *lido* pelo ordenamento jurídico pátrio.

Indo diretamente ao ponto, os professores Gueiros e Japiassú trazem mais uma contribuição importante. Em referência às ideias de criação de uma parte geral do Direito Penal Internacional, como no Direito nacional, lembram que, na esfera da atribuição de responsabilidade penal individual, existe a forma de se imputar a “(c) Contribuição de algum outro modo ao ato coletivo” (SOUZA, 2011, p. 321). Trata-se de um caso que dogmaticamente seria interpretado como de extensão de punibilidade.

Partindo desse aporte, seria possível deduzir que a conduta criminosa de “participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de lavagem” do art. 1º, § 2º, II, da Lei de Lavagem seria justamente um caso de “contribuição de algum outro modo ao ato coletivo”. Nesse caso, o simples participar do grupo sabendo da sua finalidade já seria entendido como a tal contribuição. Tratar-se-ia, enfim, de uma causa de extensão de punibilidade.

Os limites dessa participação ainda precisariam ser traçados. Todavia, os valores desses limites agora estariam mais visíveis: entender como o ordenamento pátrio recepcionaria a criminalização de uma associação que tenha

21 “Uma das causas mais comuns para gerar dúvidas quanto ao elemento subjetivo é a diferença de concepção entre o que é definido pelo sistema *common law* e da tradição romano-germânica. Pode-se mencionar que não existem, por exemplo, no Estatuto de Roma, expressões que demonstrem diferentes estados de conhecimento e comportamentos concernentes à realização dos elementos objetivos do crime. Ademais, não existe uma concreta definição de dolo eventual para ser utilizada, o que gera problemas práticos, além da própria deficiência e, em alguns casos, incongruência do texto, conforme mencionado anteriormente” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2011, p. 322). Note-se que por isso não há, na figura típica em análise, referência ao especial fim de prestar qualquer forma de auxílio psicológico ou material aos praticantes das formas de lavagem do art. 1º, ainda que no tipo da lei brasileira se exija o dolo de participar de um grupo, com o conhecimento especial de que sua atividade se dirige à prática de lavagem. Em resumo, pela leitura inicial bastaria *participar* do grupo, porque apesar do conhecimento especial, não há referência alguma a dolo especial de auxílio qualquer (material ou psicológico).

relevância tal que seja compreendida como uma contribuição de um ato que, por sua vez, é coletivo.

Assim, até aqui, poder-se-ia afirmar que (1) a participação é o verbo-núcleo que por si delimita a tipicidade objetiva; (2) o dolo na figura típica é o de participação na associação; e (3) há a exigência, na esfera do dolo, de um conhecimento especial acerca da atividade dirigida à prática de lavagem; agora há a exigência que (4) essa participação seja uma contribuição ao ato coletivo (de atividade dirigida à prática de lavagem), ou seja, (a) a participação no grupo por si é a contribuição; (b) contudo esta participação precisa se inserir em um contexto tal que seja verdadeira contribuição; (c) a participação é em associação, ou seja, ente coletivo; (d) este ente coletivo realiza ato de lavagem que, por sua vez, também é coletivo (exige coautoria, que é o direcionamento à prática de lavagem por parte da associação); (e) o dolo não é especial de contribuir com o ato principal, basta o dolo de participar da associação, ainda que a conduta de participar em si possa ser considerada objetivamente essa contribuição.

Obviamente, esta hipótese poderia receber a crítica de que tais disposições existem em função do uso da doutrina da *Joint Criminal Enterprise* ou do Domínio de Organização, além de outras assemelhadas. Nesse ponto, desenvolver a distinção com cada uma das formas extrapolaria os objetivos deste artigo, mas é importante notar que (a) pelo tipo, não há acordo prévio para o resultado delitivo, o que afastaria a hipótese de *Joint Criminal Enterprise*; por outro lado, (b) não se trata de caso de responder por cada uma das lavagens do agrupamento a partir do momento em que se pertence a ele. Por isso, não é caso de domínio sobre cada uma das condutas concretas de lavagem de dinheiro, pois o que se pune é o mero participar do grupo (a conduta é *participar*, e não qualquer outra referente à lavagem), se afastando, de pronto, a hipótese de domínio de organização.

É importante lembrar, por fim, que se trata de caso de ampliação da punibilidade, de modo que o tipo em análise não é a figura especial de organização criminosa de lavagem, porque a Lei de Lavagem claramente aderiu à cumulação do tipo de lavagem com associação e organização criminosa²².

Por todo o exposto, a questão chave é como conciliar a associação para lavagem, prevista no tratado a partir de bases da *common law*, com a adequação aos pressupostos constitucionais brasileiros nos moldes dos requisitos apontados.

22 Nesse sentido, ver que a Convenção de Palermo, também em vigor no Brasil, distingue muito bem essa associação de lavagem (artigo 6) da participação em grupo criminoso organizado (artigo 5). O mesmo se vê na legislação brasileira e, conforme tentamos demonstrar anteriormente, é perfeitamente possível cumular a empresa ilícita com a lavagem de dinheiro, pelo que se teria tanto o crime de lavagem quanto o de associação ou organização criminosa, não sendo necessário estender a discussão.

6 A solução proposta

De modo a tornar mais fácil a exposição da solução proposta, veja-se, novamente, o tipo penal da Lei n. 9.613/1998 (com redação da Lei n. 12.683/2012) sobre o qual se debruça o presente artigo:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

[...]

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

[...]

II- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Conforme já exaustivamente discutido, uma interpretação excessivamente ampliativa que considerasse crime a mera participação em grupo que comete lavagem seria inadequada, pois tornaria todos os agentes físicos responsabilizáveis.

Por isso, inclusive, o legislador fez questão de colocar dois critérios especiais para a responsabilização: (1) o conhecimento especial da ocorrência da lavagem e (2) a atividade primária ou secundária dirigida à prática de lavagem. Os dois requisitos teriam que ocorrer simultaneamente, não bastando um deles para preencher a tipicidade.

Apurando, então, os requisitos especiais, tem-se que, no que se refere ao (1) conhecimento especial da ocorrência da lavagem, ele diz respeito ao fato de que aquele que participa deveria saber que ocorre lavagem naquele grupo a que pertence.

Insista-se que, se a possibilidade da ocorrência de lavagem for interpretada como uma característica da instituição, o problema não se resolveria – se tornaria maior do que já se apresenta! – porque se continuariam incriminando atividades lícitas, tais quais a atividade bancária ou até mesmo a de loterias, seguros, fomento mercantil etc. Isso porque é sabido que essas instituições estão expostas ao risco constante de serem utilizadas para a prática de lavagem de dinheiro, fato que a própria lei admite, como já visto anteriormente²³.

23 Sobre esse tema, a questão já foi debatida a partir da teoria da captura, levantando a hipótese de que a ocorrência de lavagem de dinheiro é difusa e que os órgãos de controle se veem incapacitados de conter tais ilícitos. Neste sentido, OLIVEIRA; AGAPITO; ALENCAR, 2017, p. 365-388. Por essas razões é que, partindo da empiria, não é desarrazoado dizer que o sistema financeiro como um todo está constantemente exposto a esse risco, pelo que não se poderia atribuir a qualquer instituição o *título de dirigida*

Por isso, o segundo critério deveria resolver o problema. Assim, quanto à (2) “atividade primária ou secundária dirigida à prática de lavagem”, faz-se necessário entender o que é atividade primária e o que é secundária.

Se por primária se entender a função básica de um agrupamento, seria necessário um juízo de realidade para não cair nas armadilhas dos formalismos das funções declaradas de instituições, a exemplo da razão social de uma empresa que só existe, na realidade, para lavar dinheiro (empresa ilícita).

Logo, se o critério é o da realidade, a atividade primária deve-se referir ao intuito, intenção ou finalidade dos criadores daquele agrupamento. Por conseguinte, essa ideia reitora seria passada adiante como comando ou código próprio de toda a organização da atividade estruturada em torno do agrupamento de pessoas.

Dessa maneira, aqueles que assim criaram a atividade econômica, sequer precisariam estar enquadrados na forma do § 2º, II, pois já seriam puníveis pelos demais tipos do art. 1º. No outro polo, duas situações seriam possíveis: I) aqueles que recebessem o comando próprio da organização e o assimilassem como código teriam o conhecimento especial exigido; II) se o comando não fosse passado e/ou um funcionário específico não interiorizasse esse código, não teria ele conhecimento da atividade ilícita ali presente, logo, seria impunível pela disposição normativa em comento.

O problema dessa ideia está no seu resultado. Uma análise inicial bastante simplificada aponta para o fato de que, em ambos os casos, a solução é exatamente igual àquela que considera os tipos de lavagem associados ao art. 29 do Código Penal. Isso porque aquele que sabe e interioriza a função de lavagem contribui para a ocorrência delitiva, no mínimo, a título de participação; por sua vez, aquele que não sabe, ainda que tenha participado do delito, age em erro determinado por terceiro, sendo meramente instrumento de autoria mediata.

Enfim, o que se observa é que, nessa hipótese, levando em consideração somente a atividade primária, as consequências e os comandos normativos, os resultados seriam exatamente os mesmos, motivo pelo qual a expressão *primária* se tornaria supérflua, o que não é possível admitir no direito positivo. Toda expressão é proposital.

A atividade secundária, por sua vez, também precisaria ser delimitada. Entendendo-a como “qualquer incidência eventual ou acessória” de lavagem de dinheiro, novamente, não haveria restrição alguma e se criminalizariam os agentes obrigados pelos deveres de *compliance*, os quais têm a participação secundária admitida – e, nesse sentido, função primária seria a razão social,

ao cometimento de lavagem; é preciso algum filtro a mais para aplicação do tipo de participação em associação dirigida à prática de lavagem.

mas entre as funções secundárias não apresentadas oficialmente, uma delas seria a de aceitar o risco de lavagem e praticá-la secundariamente.

Resta a dedução de que em tal interpretação haveria a necessidade de certa incidência frequente e direcionada dessa lavagem para chamar a *função* do agrupamento de secundariamente *dirigida* ao cometimento desse crime. Seria o caso, então, de agrupamentos lícitos direcionados à atividade econômica lícita, mas que, para manter suas atividades econômicas lícitas, praticam crimes, inclusive de lavagem de dinheiro, com considerável frequência.

Nesse caso, contudo, não faria sentido falar em grupo e associação no comando normativo. Isso porque, ao falar de grupo, associação ou escritório, o legislador pensou em abranger todo o conceito de *ente coletivo* e não só o de empresa ou pessoa jurídica. Mais uma vez: toda expressão é proposital.

Dessa forma, para tornar a leitura da figura típica adequada, seria necessário excluir tanto a atividade primária quanto a ideia de grupo. Não parece, insista-se, que o legislador tenha sido tão desatento ao ponto de colocar na lei tantas expressões inutilizáveis. Sem contar que, mesmo nos casos restantes, condenar a mera participação nesse grupo representaria uma incriminação do silêncio (não agir contrário ao delito) em situação na qual não há o dever de garantidor.

Isso porque aqueles que sabem da prática e contribuem para ela seriam puníveis pela lavagem nas demais modalidades. Por sua vez, aqueles que sabem mas somente se mantêm aderidos à estrutura delituosa, sem com ela contribuir, seriam punidos exclusivamente pela sua permanência naquela atividade econômica que, na verdade, é lícita. Por conseguinte, a prática de ilícitos no seu bojo tornaria imputáveis todos aqueles que nada fizerem para evitar tais ilícitos, atribuindo-se a qualquer funcionário que sabe da atividade delituosa o dever de agir para evitá-la, independentemente de sua posição hierárquica, capacidade ou mesmo possibilidade de evitação. Não é preciso ir muito longe para supor que tal interpretação conduziria à criminalização de bodes expiatórios, excessiva e discutível do ponto de vista da taxatividade própria do princípio da legalidade em matéria penal.

Leve-se em conta, ainda, que se trataria de mais uma péssima redação legislativa, pois bastaria colocar o dever em um dispositivo menos confuso para fundamentar uma omissão imprópria. Mais uma vez: não parece que o legislador tenha sido tão desatento ao ponto de colocar na lei uma figura típica tão mal redigida. A interpretação, então, teria que ser outra.

Por isso, faz-se necessária a atenção ao pronome possessivo *sua* utilizado na redação do tipo, a ver: “II- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que *sua* atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei” [grifo nosso].

Em que pese a doutrina majoritária interpretar o pronome *sua* como referente à atividade principal ou secundária do grupo, associação ou escritório, não se pode descartar a hipótese de que, em verdade, o pronome pessoal pudesse se referir a *quem participa*. Enfatizando:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

[...]

II- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Se a relação é esta, a interpretação muda completamente. Ainda se valendo dos critérios especiais do (1) conhecimento especial da ocorrência da lavagem e da (2) atividade primária ou secundária dirigida à prática de lavagem, a solução agora incorporaria os requisitos especiais como se referindo à atividade daquele que participa, e não à atividade do *ente coletivo*.

Preliminarmente, veja-se que a referência ao *ente coletivo* representaria tão somente o conhecimento, por quem dele participa, de que sua atividade está inserida dentro de uma cadeia de atividades próprias da atividade organizada de empresa, impondo a ele a consideração de que sua atuação não se dá isoladamente, algo justificável pela própria realidade social dos agrupamentos e do contexto social da divisão do trabalho.

Quanto ao (1) conhecimento especial de que há prática de lavagem de dinheiro, ele parece ser tão óbvio quanto insuficiente para limitar a responsabilidade: saber que pode existir lavagem no agrupamento, algo que qualquer funcionário ou não funcionário pode saber. Mais uma vez, restaria ao segundo critério a função de resolver a interpretação do tipo.

Neste caso, a atividade daquele que participa do agrupamento deveria ser direcionada, de alguma forma, à prática de lavagem. Ou seja, (2) a atividade primária ou secundária de quem participa do ente coletivo deveria ser dirigida à prática de lavagem.

Em tal situação, a distinção entre atividade primária e secundária seria justificável: é possível que alguém faça parte do ente coletivo no qual há lavagem e sua atividade principal seja tal que dê seguimento ao crime de lavagem, sem que, mesmo assim, ele seja punível nos moldes das demais figuras do art. 1º.

Veja-se o exemplo daquele que se limita a fazer depósitos de quantias em diferentes contas-correntes a mando de seus superiores. Ele poderia saber que seu ente coletivo pratica lavagem, incluindo a conduta de efetuar depósitos em contas-correntes de *laranjas*.

Considerando em conta que a atividade primária do agente em questão é fazer depósitos, pode ser que ele faça, em algum momento, depósito nas contas de laranjas, sem saber que se trata de um laranja concretamente (ou seja, uma conduta concreta, específica, de lavagem de dinheiro).

Veja que a atividade primária desse agente é conduta essencial para a prática de lavagem e está voltada a essa prática, tendo ele plena consciência disso. Contudo, pela falta de domínio da situação, não poderia ser punido pelas demais figuras do art. 1º. Isso porque a atividade primária estaria dirigida à prática de lavagem, mas não somente, já que a realização de depósitos é necessária para diversas atividades lícitas em quaisquer outros segmentos econômicos.

Em face da quantidade de depósitos que ele tem que fazer e do desconhecimento de quais deles especificamente seriam ilícitos, faltaria o domínio sobre o fato²⁴, a centralidade do delito, o controle do *como* e do *se* da realização típica que o faria responder como autor.

Se a discussão se desse na esfera da responsabilidade na qualidade de partícipe, as condutas perpetradas que poderiam auxiliar materialmente um autor de lavagem sem que se saiba estar praticando um crime de lavagem específico estão na esfera das condutas permitidas (fazer depósitos), pelo que não se pode cobrar do agente a abstenção da conduta²⁵. É exatamente o que ocorre no exemplo em questão.

Inclusive, se, logo após o depósito, os donos do dinheiro ilícito decidissem, por vontade própria, sacar o dinheiro e gastá-lo, então aquela ocultação não poderia ser enquadrada como lavagem de dinheiro, mas, quando muito, como exaurimento do crime anterior, visto que não se levou a cabo a intenção de reinserção dos proveitos com aparência de licitude na economia formal. Em resumo, não haveria a real ocultação ou dissimulação da “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade” do dinheiro de origem ilícita, porque ele estaria exposto pelo ato de *gastar*.

24 Sobre a teoria do domínio do fato, v. SOUZA; JAPIASSÚ, 2011, p. 292 e ss.

25 Seria mesmo discutível se não se trata de caso de ações neutras impuníveis. Sobre o tema: “3. O problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da cumplicidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. 4. O princípio da proporcionalidade, principalmente o seu sub-princípio, da idoneidade, pode ser utilizado como diretriz de interpretação para restringir o alcance do tipo objetivo da cumplicidade. 5. Assim, contribuições que podem ser obtidas em qualquer outro lugar, de qualquer outra pessoa que age licitamente, sem qualquer ulterior dificuldade para o autor principal, não podem considerar-se proibidas, porque tal proibição seria inidônea para proteger o bem jurídico concreto. Ocorre que, se a proibição melhorar de modo relevante a situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente desaprovado” (GRECO, 2004, p. 169-170).

Além disso, sem dúvida, essa conduta faz parte, tão somente, de uma pequena parte de uma das fases da lavagem, pelo que o depósito em conta de laranja não bastaria para configurar a lavagem (ou o próprio dolo de lavagem).

Em resumo, se não existisse o tipo do § 2º, II, não caberia a proibição dos depósitos em função da *falta do conhecimento* sobre o depósito *específico* que gerou a lavagem. Não haveria proibição justificada da ação de depositar, em inúmeras ocasiões lícitas, somente porque eventualmente um depósito poderia gerar lavagem (o que se apura do próprio interesse da lei ao colocar os deveres de *compliance*, que basicamente permitem que uma instituição financeira se mantenha na esfera da licitude mesmo em caso de sérias suspeitas sobre a prática de lavagem de dinheiro por meio dela).

E não caberia alegar que tais condutas se enquadrariam no tipo do *caput* se interpretadas à luz da teoria da cegueira deliberada, buscando o dolo antes para justificar a conduta após, aplicando um finalismo exagerado e invertido. Isso porque não há preenchimento do tipo objetivo – não há desvalor do risco – em face das condutas do art. 1º: é juridicamente permitido depositar, não há conhecimento concreto da lavagem, é uma estrutura na qual outros podem agir, não há domínio sobre as fases anteriores ou seguintes. Por essa razão, não há sequer que investigar o elemento volitivo e, por isso, não se pune, ainda que se cogite da *willful blindness*²⁶.

Se parece claro o exemplo da atividade primária, a questão da atividade secundária não é diferente. Em exemplo igual ao aqui dado, seria o caso de um estagiário ou secretário de um escritório que tivesse como função secundária realizar os pagamentos desse escritório. Por mais que só o faça acessoriamente à função primária de secretariado, por exemplo, se sabe do direcionamento para lavagem, a lei não exclui sua responsabilidade.

Como a estrutura do grupo é essencial ao tipo, a diferenciação do legislador se faz necessária, porque alguém que não tenha essa função como primária pode alegar não participar da estrutura de fato, o que o legislador, de pronto, afasta.

Diferente, é, contudo, a situação daquele que, mesmo sabendo que há lavagem, não tem o hábito de fazer os mesmos depósitos, nem como atividade primária, nem como atividade secundária. Se excepcionalmente vem a fazer um depósito, sem que haja frequência na atividade, e desse depósito se

26 A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) sustenta a equiparação entre o conhecimento efetivo, pelo sujeito, de que a sua conduta contribui para a prática de um delito e aquelas situações em que, estando esse conhecimento acessível, o sujeito opta deliberadamente por não cometer o delito. Segundo Ragués i Vallés (2013), são três os requisitos para a aplicação da teoria: i) a falta de representação total dos elementos típicos, ii) a decisão do sujeito de permanecer em um estado de ignorância e iii) o propósito de beneficiar-se desse estado de ignorância.

dê andamento a um processo de lavagem, esse agente concreto já não será punido, porque o risco criado com essa conduta é muito pequeno em face da eventualidade, visto que o que importa, em termos de associação, é a frequência e a estabilidade no tempo.

O que se infere, enfim, do comando normativo do art. 1º, § 2º, II, a partir dessa interpretação do dispositivo? Que ele só pode fazer referência à incriminação daqueles que passariam ilesos com base nas demais figuras típicas porque a estrutura do ente coletivo se organizou de modo a tirar suas responsabilidades, ou seja, daqueles que escapam da incriminação em função do que se convencionou chamar de *irresponsabilidade organizada*.

A *irresponsabilidade organizada* abrange (a) a irresponsabilidade individual organizada, na qual os membros da corporação escapam à persecução penal ao se esconderem na organização empresarial, de modo a não serem identificados e responsabilizados em concreto, e (b) a irresponsabilidade estrutural organizada, referente à existência, no interior da empresa, sobretudo de grande magnitude, de uma complexa estrutura que dissolve os âmbitos de responsabilidade, dificultando a imputação (ABANTO VASQUEZ, 2010, p. 177).

Por meio desses mecanismos, a responsabilidade é pulverizada dentro da organização empresarial, fazendo com que a imputação fique comprometida e relegada aos membros mais frágeis e fungíveis das corporações. Tenta-se fazer com que ninguém seja responsabilizado ou, no mínimo, tenta-se eleger quem será aquele a preencher a maior parte dos elementos de responsabilidade – ou seja, um bode expiatório das responsabilidades do grupo.

Com base na solução aqui proposta, isso seria exatamente o que a figura do § 2º, II, do art. 1º da Lei de Lavagem visa a combater.

Tem-se, de plano, que o legislador, ao indicar a participação na organização, estaria se referindo somente ao simples fato de *fazer parte* dela e não à figura da participação da parte geral do Código Penal. O fazer parte não é senão a ação que cria riscos. Em resumo, é uma questão de tipicidade, em que a conduta (desvalorada) é *participar*. Participar da estrutura em irresponsabilidade organizada seria, em resumo, o risco desaprovado.

Ademais, sendo essa, inclusive, conduta próxima à de associação e organização criminosa, em havendo incriminação com base na figura típica do § 2º, II, não será possível cumulá-lo com aquele crime, ao contrário de outros dispositivos da Lei n. 9.613/1998, os quais, apesar das restrições, admitem tal cumulação em alguns casos de empresa ilícita.

Isso se dá por um único motivo: para os tipos de associação e organização criminosa, há o acordo prévio da união para cometimento dos delitos. Então, aquele que se associa a tais entes contrários ao direito comete os delitos em

si, e não a modalidade de extensão de punibilidade de lavagem pela mera participação no grupo, ao passo que aquele que é punido pela participação em associação da Lei de Lavagem não adere a grupo criminoso, mas a agrupamento que pratica atos prioritariamente lícitos.

Trata-se, então, de evidente comando específico, diferente dos demais, motivo pelo qual não se pode somente completar a tipicidade objetiva com os elementos da autoria e da participação dos outros. Algo mais é necessário.

Incidiriam, então, os elementos especiais: o conhecimento especial da ocorrência de lavagem e a atividade do indivíduo, principal (primária) ou acessória (secundária), dirigida ao cometimento do delito. Assim, há que fazer parte de alguma fração da conduta total de lavagem de dinheiro. Isso exige, portanto, contato direto com os ativos em uma das três fases da lavagem, pois, do contrário, sua abstenção da conduta não faria diferença no desvalor do resultado de ocultar ou dissimular a origem ilícita do ativo; assim, sua incriminação seria desproporcional e, por esta razão, até mesmo inconstitucional.

Contudo, não se trata da própria conduta de autoria ou participação das outras modalidades de lavagem, mas sim de uma fração que não seria punível em princípio porque a organização do ente coletivo dissolve as responsabilidades (irresponsabilidade organizada). Sabendo disso, o sujeito que tem o dolo de participar do agrupamento mesmo assim, estará incurso nas penas do art. 1º, § 2º, II.

Uma vez que traz embutida a ideia de *irresponsabilidade organizada*, tem-se que o delito do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 é de natureza sistêmica, caracterizando-se quando se somam todas as condutas, e não a cada uma delas separadamente, e imputando-se em função da participação em um arranjo para dissolver responsabilidades. Correta em partes, portanto, a interpretação de Bottini acerca da suficiência do dolo de participação (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 116), dispensando o de ocultação, dissimulação e reinserção de proveitos ilícitos.

Em síntese, o comando normativo em questão seria a cláusula de proibição da irresponsabilidade organizada, que inclusive dialoga com o dever de organização para cooperação previsto no art. 10, III²⁷, combinado com o art. 11, I²⁸, da Lei de Lavagem.

27 Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III- deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

28 Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

Daí que, a partir desse comando normativo, haveria repercussões de *compliance* para as esferas de responsabilidade individual naquela lei. Isso porque o tipo sugeriria programa de *compliance* efetivo para excluir responsabilidades individuais, na medida em que esta seria a medida mais adequada para evitar a irresponsabilidade organizada.

Em resumo, o sujeito que trabalha em instituição dotada de programa de *compliance* estaria eximido de qualquer responsabilidade. A fundamentação para a afirmação vem do próprio princípio da *ultima ratio*, uma vez que, se há o respeito ao art. 10, III, da Lei de Lavagem, há a exclusão da responsabilidade administrativa, o que gera a exclusão da responsabilidade penal pelo mesmo fato. O resultado somente seria outro no caso em que o participante da associação soubesse que o programa é o que se convencionou chamar de “*compliance* cosmético”, de fachada.

Uma sugestão para que esse programa de *compliance* fosse suficiente para eximir as responsabilidades seria a preocupação com a proteção e o reforço, por meio de normativas internas, dos espaços de liberdade dos funcionários da empresa, revitalizando as funções de *compliance* sob a forma de *proteção do empregado*²⁹, ou seja, evitando justamente a criação de bodes expiatórios.

Como crítica ao tipo, fica a falta de exigência de *compliance* que tenha por dever agir para evitar o delito, visto que, na inexistência de um setor interno da empresa que estruture as responsabilidades e suas delegabilidades, evitando a irresponsabilidade organizada, a única alternativa que restaria ao indivíduo seria perder seu emprego ou denunciar, sem quaisquer garantias, práticas ilícitas das quais pode não ter provas.

O legislador, considerando que *compliance* não é a única forma de agir contra a irresponsabilidade organizada ou de evitar a responsabilidade do tipo, optou por não fazer a exigência, dando preferência à atribuição de responsabilidades penais, e não ao incentivo da cultura de prevenção que já existe na lei e é tão necessário na esfera da lavagem de ativos.

Concluindo a exposição da solução proposta, em termos práticos, como se apuraria então a responsabilidade nesse tipo? Em função da característica de delito sistêmico, analisar cada conduta separadamente não seria adequado, sendo necessário compreender como a soma de todas elas geraria lavagem de ativos ilícitos.

I- dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; [...].

29 Sobre o tema, v. ALENCAR, 2017, onde se discute em detalhes a proteção do empregado nos programas de *criminal compliance*.

Isso somente se mostra possível a partir de uma análise *a posteriori*: uma vez descoberto o processo de lavagem já ocorrido, o julgador deve tomar em conta como ele se concretizou e direcionar o olhar ao passado, imputando a conduta a todos do grupo cuja ação tenha feito parte, em menor ou maior grau, da conduta final global e sistêmica de lavagem (porque se trata de um processo, e não de um único ato). Então, cada pequeno empurrão é punível pelo dolo de pertencer ao grupo estruturado em irresponsabilidade organizada.

Daí se retiram três barreiras de imputação de responsabilidades penais que devem ser observadas pelo julgador: (1) não se responsabiliza por lavagem quem esteve participando de estrutura criminoso somente até o limite do crime antecedente, incluindo aí seu exaurimento (usar o proveito do ilícito); (2) não se responsabiliza quem só entrou em contato com o dinheiro após a integração do ativo na economia lícita; (3) não é responsável quem não tem contato direto com os ativos ou domínio intelectual sobre a estrutura organizada.

Passada essa fase, o que se deve apurar é (I) se o agente que teve essa participação fazia isso com frequência, como se fosse uma função (primária ou secundária) e não uma conduta excepcional; (II) se o agente tinha o conhecimento especial de que *sua* atividade era relevante para os delitos que ocorriam no ente coletivo; e (III) se o ente coletivo se estruturava de modo que a responsabilidade fosse pulverizada a ponto de configurar a irresponsabilidade organizada.

Assim, aqueles que não tinham consciência da ocorrência da lavagem são excluídos por erro determinado por terceiro. Nesse caso, se, por um lado, o dolo de pertencer ao grupo é fácil de se demonstrar pelo simples fato de não terem se recusado a participar dele, por outro lado, o conhecimento especial da ocorrência e do direcionamento desse grupo para a prática de delitos é de difícil comprovação.

Além disso, como já dito, a análise *a posteriori* retornaria somente até o momento inicial da ocultação, deixando de abranger atos que se referem à concretização ou exaurimento da infração penal anterior.

Por isso, mesmo em atividades que tenham envolvido dinheiro no delito anterior, não se puniria por lavagem um membro de um grupo se esse grupo houver cometido um crime anterior qualquer e depois lavado o dinheiro proveniente do ilícito, no caso de esse membro só ter lidado com o dinheiro antes da fase da ocultação, algo não impossível nos casos de corrupção e tráfico.

Nessa hipótese, sequer há que falar em lavagem de dinheiro. O tipo do § 2º, II, precisa estar relacionado à prática desse crime, e seus efeitos danosos devem ser apuráveis de alguma forma. Ressalte-se, contudo, que quem lida com o dinheiro antes da fase de ocultação, não poderá ordenar ou participar do processo de decisão sobre a prática ou não de lavagem.

Importante ressaltar que a solução proposta joga para a esfera das demais condutas típicas do art. 1º, cumuladas com a associação/organização criminosa, a maioria dos casos de atuação em empresa ilícita, porque ela significa já a própria divisão de tarefas³⁰ no cometimento do delito.

Finalmente, os méritos encontrados para a solução aqui defendida são os de que ela não padece de inconstitucionalidade porque I) coloca parâmetros bastante concretos de como se responsabilizar alguém na figura típica em análise, respeitando a legalidade, a culpabilidade individual; II) demonstra a idoneidade da proibição, centrada principalmente na necessidade de evitar as irresponsabilidades organizadas, mesmo que não na forma de instrumentalizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica; e III) é adequada frente à questão de Direito Penal Internacional que envolve o tipo.

Assim, a solução propõe filtros que vão além da mera interpretação literal que pune somente pela adesão a organização econômica, mesmo que lícita, na qual ocorre lavagem de dinheiro, interpretação esta que não convence, principalmente do ponto de vista da proporcionalidade, haja vista que o § 2º, II, tem pena idêntica à imposta no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

Também leva em consideração a necessária relação entre a atividade própria do sujeito concreto e seu conhecimento especial da ocorrência de lavagem em face da múltipla incidência de lavagem de dinheiro que se dá de forma fracionada no agrupamento, algo evidenciado pela redação do tipo penal.

Ainda, respeita o limiar de relevância para diferenciar o mero concurso de agentes da organização criminosa em crimes econômicos. O faz porque não trata a figura típica como a associação específica para os fins de lavagem que não especifica o número de agentes. Ela consegue, ao apontar uma solução diferente, separar bem a associação criminosa para fins de lavagem por meio da empresa ilícita da participação em empresa lícita que comete lavagem se valendo da irresponsabilidade organizada.

Há também o mérito de não generalizar e ampliar demasiadamente o entendimento do que seja empresa ilícita ao afastar a equivocada presunção de que a existência de um pequeno grupo praticante de lavagem dentro de uma estrutura irá contaminá-la por inteiro e transformar toda a atividade econômica do grupo, associação ou escritório em uma empresa ilícita. A solução proposta diferencia empresa ilícita de lícita e permite a responsabilidade por participação, mesmo dentro da criminalidade de empresa.

Por fim, a solução atende aos requisitos expostos anteriormente: (1) a participação é o verbo-núcleo que por si delimita a tipicidade objetiva; (2) o

30 Configurando o domínio funcional do fato. Sobre o tema, SOUZA; JAPIASSÚ, 2011, p. 293-294.

dolo na figura típica é o de participação na associação; e (3) há a exigência, esfera do dolo, de um conhecimento especial acerca da atividade dirigida à prática de lavagem; agora há a exigência que (4) essa participação seja uma contribuição ao ato coletivo (de atividade dirigida à prática de lavagem), isto é, (a) a participação no grupo por si é a contribuição; (b) contudo, essa participação precisa se inserir em um contexto tal que seja verdadeira contribuição; (c) a participação é em associação, ou seja, ente coletivo; (d) esse ente coletivo realiza ato de lavagem que, por sua vez, também é coletivo (exige coautoria, que é o direcionamento à prática de lavagem por parte da associação); (e) o dolo não é especial de contribuir com o ato principal, basta o dolo de participar da associação, ainda que a conduta de participar em si possa ser considerada objetivamente essa contribuição.

Com isso, ela respeita a questão de Direito Penal Internacional envolvida, inclusive porque incorpora a internalização de dois institutos originários da *common law* que inspiram toda a legislação internacional antilavagem: *criminal compliance* e irresponsabilidade organizada.

Enfim, tenta traçar critérios concretos de decisão que limitem a intervenção punitiva do Estado, levando em conta a importância do agrupamento, central nessa figura típica, bem como a adesão a ele. Termina, assim, ao incorporar a ideia de evitar as irresponsabilidades organizadas, evitando também a criação de bodes expiatórios e a vulnerabilidade penal da baixa hierarquia das empresas.

7 Solucionando os casos propostos

1 – “A” é funcionário de um banco que trabalha no setor responsável pela abertura de contas. “A” tem o conhecimento de que o banco reiteradamente abre contas-correntes em nome de laranjas para sua utilização por funcionários públicos com o fim de dissimular a origem de vantagens ilícitas. Apesar disso, “A” continua a exercer normalmente a sua função, sem maiores preocupações. Responsabilidade de “A”?

Solução: de pronto, restaria excluída a tipicidade do *caput* do art. 1º, visto que, embora “A” tenha o conhecimento de que o banco em que trabalha é utilizado reiteradamente como meio para a prática de lavagem de dinheiro, “A” não tem o conhecimento específico sobre quais contas abertas por ele estariam sendo direcionadas diretamente para a ocultação ou dissimulação da origem dos ativos.

Haveria que se investigar, então, a possibilidade de se imputar a “A” o crime do § 2º, II, já que ele, em tese, sob o ponto de vista da literalidade do dispositivo, participaria de grupo que dirige suas atividades, no mínimo, de forma secundária para a prática de lavagem de dinheiro.

Aplicando-se a solução proposta neste artigo, tem-se que a interpretação da expressão “sua atividade” se reporta à atividade do próprio “A”, e não do grupo. Nesse sentido, “A” tem o conhecimento de que a sua conduta é direcionada para a prática de lavagem em algum momento e, mesmo assim, opta por integrar aquele grupo – tem o dolo de dele participar, portanto.

Além disso, “A” entende que a sua função se adstringe à abertura de contas e que, por isso, não é responsável pela eventual prática de lavagem de dinheiro, o que indica que tem para si que o banco está organizado para ilidir a sua responsabilidade. Está caracterizada, portanto, a irresponsabilidade organizada.

A conduta de “A” se deu no bojo da dissimulação da origem ilícita dos ativos, nem antes e nem depois, sendo certo, ainda, que “A” teve contato direto com os ativos ao abrir as contas.

Superadas essas barreiras preliminares, o crime do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 pode ser imputado a “A” porque ele (I) abria contas com frequência, sendo essa a sua função – primária ou secundária –; (II) tinha o conhecimento especial de que sua atividade era relevante para os delitos que ocorriam no ente coletivo; e (III) sabia que o ente coletivo se estruturava de modo que a responsabilidade fosse pulverizada ao ponto de configurar a irresponsabilidade organizada.

A responsabilidade penal de “A” poderia ser afastada – ainda que participando do grupo – se este tivesse a cautela de verificar quais das contas abertas se direcionavam para a lavagem de ativos (afinal, “A” sabe que sua função é direcionada para este fim), o que corrobora o fato de que a solução proposta dialoga, em última análise, com a exigência de *compliance*. Isso não significa um dever de evitar a lavagem, mas somente um dever de cautela, isto é, de se informar e comunicar ao programa de *compliance*, se existente, ou se abster dessas condutas.

2 – “B” é o *office boy* de uma empresa de construção há quinze anos. Por sua antiguidade, “B” é um dos poucos funcionários que detêm pleno conhecimento da prática de diversas fraudes pela empresa, cujo produto ilícito é lavado no exterior e reintroduzido no país. Embora não participe diretamente do esquema de dissimulação, “B”, que goza da mais absoluta confiança dos seus superiores, é frequentemente designado para levar pacotes de dinheiro em espécie para destinatários de “propina”. Responsabilidade de “B”?

Solução: assim como no caso “A”, não se cogita a imputação do *caput* ou do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, visto que “B” não tem domínio sobre a prática de quaisquer atos de ocultação ou dissimulação. Contudo, também como no exemplo anterior, a conduta de “B” poderia se amoldar à literalidade do § 2º, II, já que este integra escritório em que ocorre lavagem de dinheiro.

Contudo, essa imputação não se mostra possível à luz dos critérios preliminares propostos neste artigo: “B” é um mero entregador, pelo que, embora tenha contato com os valores ilícitos, isso só ocorre já após a reinserção desses valores na economia formal.

Assim, a conduta de entregar dinheiro aos destinatários do suborno não está na esfera de proibição dos tipos de lavagem de dinheiro. Portanto, a “B” não se poderá imputar o crime do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998.

3 – “C” é um advogado que trabalha em uma empresa responsável pela gestão de um presídio privado, construído após intenso *lobby* e promessa de pagamento de *propina*. Diante da qualidade dos seus serviços, “C” fica responsável pela redação de todos os contratos e aditivos celebrados pela empresa, desde a compra e venda de bens móveis e imóveis até aqueles firmados com o próprio Poder Público na gestão direta da unidade prisional. “C” tem o conhecimento de que o gestor do presídio criou um novo setor *secreto* voltado exclusivamente para dissimular o pagamento de *propina* a políticos que apoiaram a construção do presídio, embora dele não participe. Apesar disso, alguns dos contratos redigidos por “C” também são utilizados como instrumento para a prática de lavagem, já que os negócios jurídicos são simulados, de forma a também justificar (dissimular) o pagamento de *propina*, sem que “C” saiba. Responsabilidade de “C”?

Solução: como nos casos anteriores, não se pode falar na imputação do *caput* ou do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, visto que “C” não tem domínio sobre a prática de quaisquer atos de ocultação ou dissimulação. No entanto, também como nos exemplos anteriores, sua conduta poderia encontrar tipicidade na literalidade do § 2º, II, já que “C” integra escritório em que ocorre lavagem de dinheiro.

Sua conduta se insere na fase de dissimulação da origem ilícita dos ativos, sendo possível afirmar, ainda, que “C” teve contato direto com os ativos ao firmar contratos de compra e venda simulada, pelo que vencidas as três barreiras de imputação preliminares aduzidas neste artigo.

Parte-se, então, para os critérios principais: não se pode negar que (I) o advogado redigia contratos com frequência. Contudo, embora tivesse o conhecimento da ocorrência de lavagem naquele grupo, fato é que (II) desconhecia que a *sua* atividade era meio para a prática desse crime. É importante sublinhar este aspecto: não é a atividade do grupo, mas a atividade de “C” que importa nesta análise.

Diferentemente do que se viu no caso de “A”, “C” não tem o conhecimento de que *sua* atividade está direcionada para a prática de branqueamento de capitais, razão pela qual o dever de cautela lá existente, aqui não se pode

exigir. Como não se trata de um dever de evitar o delito, ele não responderá nem mesmo por omissão imprópria.

Nada obstante, (III) na percepção de “C”, a prática ilícita está concentrada no setor *secreto*, do qual não faz parte. Quer dizer, do ponto de vista de “C”, a responsabilidade penal não está pulverizada de modo a dificultar a imputação de atos penalmente relevantes. Em outras palavras, ele não enxerga a irresponsabilidade organizada – conceito fundamental para entender o caso em comento –, reforçando a conclusão de que a ele não se pode imputar o crime do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998.

4 – “D” é um cozinheiro responsável por preparar sanduíches em uma lanchonete que vende drogas ilícitas, em especial a *maconha*, tendo conhecimento da circunstância de que o consumo dessa droga aumenta a fome dos clientes, maximizando os lucros da lanchonete com a venda combinada. Ocorre que a venda dos sanduíches, atividade notadamente lícita, tem por objetivo central a lavagem do dinheiro proveniente da atividade ilícita de venda de entorpecentes. “D” tem conhecimento da estrutura do negócio e do seu propósito ilícito, mas em nada contribui senão com seus deliciosos sanduíches. Responsabilidade de “D”?

Solução: identicamente a todos os casos anteriores, *mutatis mutandis*, a “D” não se pode imputar o crime do *caput* ou do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, já que ele não tem domínio sobre a prática de quaisquer atos de ocultação ou dissimulação. Contudo, a conduta de “D” poderia se amoldar à literalidade do § 2º, II, visto que este integra grupo em que ocorre lavagem de dinheiro.

Como no caso de “B”, a questão se resolve com os critérios preliminares aqui propostos. Diferentemente daquele caso, porém, a conduta de “D” se insere no âmbito da dissimulação e reinserção, ou seja, não ocorre nem antes nem depois, mas durante o processo de lavagem.

Contudo, ainda assim, “D” é um simples cozinheiro que não tem contato direto com os ativos, tampouco tem domínio intelectual sobre a estrutura organizada. Não é ele quem faz a contabilidade que dissimula e reinsere, nem foi ele quem organizou o negócio dos lanches como forma de lavar o dinheiro – do contrário, seria punível pelo *caput* por organizar empresa ilícita –, tendo sido somente contratado para fazer lanches.

Dessa forma, “D” não pode ser imputado pelo crime do art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998.

8 Conclusões

A interpretação do tipo previsto no art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998 não pode ser resumida à sua literalidade, ou seja, não pode contentar-se com

o pertencimento a um *grupo, associação ou escritório* onde se sabe que são praticados crimes punidos por aquela mesma lei.

A aplicação literal do referido dispositivo leva a grandes absurdos, com a criminalização de condutas claramente lícitas, como, por exemplo, a conduta dos próprios agentes que trabalham no sistema financeiro e que sabem que, cedo ou tarde, vão se deparar com a prática de lavagem de dinheiro.

Ademais, essa interpretação ao pé da letra não justificaria, sob o prisma da proporcionalidade, a decisão do legislador de equiparar a pena imposta no § 2º, II, àquela prevista para as condutas principais descritas no *caput* e no § 1º, as quais envolvem a prática direta de atos de lavagem de dinheiro. Ora, se a resposta penal é a mesma – três a dez anos de reclusão –, a gravidade da conduta há que ser equivalente, o que não se verifica no abismo existente entre participar de um agrupamento onde se sabe haver lavagem e praticar lavagem diretamente.

Nessa esteira, uma primeira solução exposta foi aquela que identifica a conduta do § 2º, II, como uma forma especial da participação prevista no art. 29, CP, diferenciando a questão a partir do dolo do sujeito, que não seria de praticar a lavagem, mas um dolo de participação. Como se viu, entre outros problemas, essa interpretação conduz à inutilidade da figura típica, pois o art. 29, CP, poderia ser aplicado independentemente de qualquer previsão.

Uma segunda solução consistia em compreender a referida norma como uma modalidade mais especial de associação criminosa. Apesar de sedutora, essa proposta também não se mostrou satisfatória, diante da dificuldade de aplicação de crimes de associação ilícita (associação criminosa, organização criminosa, associação para o tráfico de drogas etc.) a agrupamentos lícitos, como o é a empresa, sem falar no fato de que o tipo não indica nem mesmo o mínimo de agentes que deveriam estar reunidos para a configuração do crime, infringindo a taxatividade que se impõe enquanto decorrência do princípio da legalidade.

Chegou-se, então, à solução proposta no presente artigo, inspirada pelo Direito Penal Internacional e pelo contexto que influenciou a criação da Lei de Lavagem no Brasil. A solução com base nesses pressupostos, que seria a punição para quem simplesmente integra grupo, associação ou escritório em que sabe que a *sua* atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes da Lei n. 9.613/1998 (art 1º, § 2º, II) – com a mesma pena de quem realiza atos diretos de lavagem (art. 1º, *caput* e § 1º) –, só se justifica quando se interpreta o pronome *sua* como relativo à atividade de quem pertence ao grupo, e não só à atividade do grupo, assim garantindo alguma contribuição para o fato com a simples participação na associação.

Com isso, o tipo penal estaria abarcando situações em que o agente não tem o domínio completo do fato no que diz respeito à prática do crime de lavagem de dinheiro – por exemplo, alguém que é encarregado de fazer depósitos lícitos e ilícitos, sem saber exatamente quais concretamente correspondem ou não à prática de lavagem –, mas tem a consciência de seu papel dentro de uma estrutura organizada para ilidir suas próprias responsabilidades.

Trazendo a ideia de irresponsabilidade organizada para a análise do art. 1º, § 2º, II, incorpora-se o mérito das propostas anteriores, conferindo a essa norma um sentido próprio e diverso daquele contido nos tipos precedentes, não sendo mera modalidade de participação do art. 29, CP, e tampouco modalidade especial de associação criminosa.

Simultaneamente, tal interpretação está em harmonia com a política criminal vigente, na medida em que se baseia na origem do tipo nos tratados que pediram sua criminalização. Ainda, dialoga diretamente com o dever de adotar políticas de *compliance* dentro da empresa, também previsto na Lei n. 9.613/1998, como mecanismo destinado a evitar a irresponsabilidade organizada.

Em síntese, visa-se com isso a dar interpretação plausível com a realidade ao tipo de lavagem de dinheiro e igualmente advogar por hipótese que ao mesmo tempo incentive a cultura de *compliance* prevista na lei e negue aos particulares a possibilidade de eleger bodes expiatórios (normalmente aqueles que mais precisam do emprego, logo, das mais baixas classes sociais e hierarquias na empresa) para assumir a responsabilidade que estaria dividida entre vários membros da corporação. Desse modo, buscar-se-ia uma forma de mitigar o já acentuado caráter seletivo do sistema penal, desta feita na seara dos delitos econômicos.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del derecho penal? In: CABALLERO CASTILLO, José Francisco; RUIZ SOLÍS, Harold Joseph (Coord.). *Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal*. 7º CONADEPC. Lima (Perú): Ara, 2010.

ALENCAR, Matheus de. *Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance*. São Paulo: LiberArs, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. Prefácio de Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

_____. Los fenómenos de la expansión y de la reducción en el derecho penal económico. In: CRUZ, José Neves et al. (Coords.). *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

OLIVEIRA, José Carlos; AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR, Matheus de. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 365-388, jan. 2017.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley Actualidad, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In: _____. *Obras*. Tomo II. Colección autores de derecho penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____. (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal* [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Ninguém está imune relativamente à fraude e à corrupção, uma vez que vivemos numa sociedade em que a imperfeição humana é a regra. E sendo a democracia um modo de organizar a sociedade imperfeita, sem esquecer essa natureza, torna-se sobretudo necessário criar mecanismos preventivos a fim de se deduzirem os riscos sempre presentes.

Guilherme D'Oliveira Martins

MANIPULAÇÃO DE MERCADO E INSIDER TRADING: O CONTEXTO DA FRAUDE NA IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

JOSÉ MARIA PANOIRO

1 Introdução

Faz alguns anos que a doutrina penal, sob perspectiva crítica, tem-se ocupado em afirmar a ideia do Direito Penal Econômico como um âmbito no qual não funcionam adequadamente algumas fórmulas do Direito Penal tradicional. A quebra da unidade de determinados princípios, ditos essenciais, do modelo punitivo de corte iluminista tem sido ressaltada como algo preocupante ou, talvez, até mesmo deslegitimador da intervenção penal neste âmbito. Contudo, ao que parece, a problematização da questão remonta a Sutherland e à ruptura por ele proposta numa abordagem criminológica até então confortavelmente dedicada à criminalidade convencional ou aos denominados crimes de rua (NEGREIROS, 2017, p. 404).

Convém dizer, porém, que a variedade de problemas que se apresentam neste âmbito motiva à superação do ideal de uma única teoria do delito (QUINTERO OLIVARES, 2010, p. 113).

É fato posto a existência de tipos penais próprios do Direito Penal Econômico e que não encontram tipicidade nos delitos tradicionais. Por isso, negar sua existência ou legitimidade parece ter como escopos, por um lado, o não enfrentamento no plano dogmático de seus problemas e, por outro lado, a busca de legitimação para o discurso deslegitimador.

Em ambas as hipóteses, o efeito sob a produção concreta de Justiça parece ser negativo.

A ausência de debate impede a compreensão adequada do fato, ao passo que a não aceitação do processo de evolução (ou expansão) do Direito Penal obriga seus partidários a atribuir a pecha de injusta em toda decisão condenatória neste âmbito, o que é mais facilmente aceito quando confrontado esse argumento com decisões de mesma natureza em relação à criminalidade de classe baixa.

Dois temas, porém, parecem se entrelaçar no âmbito da criminalidade econômica, a fraude enquanto elemento característico de muitas das condutas do Direito Penal Econômico e o conflito aparente de normas.

Em lugar de horas ou dias, semanas ou meses separam dois comportamentos igualmente passíveis de subsunção em tipos penais, o que, numa leitura menos cuidadosa, pode conduzir a respostas penais inadequadas, quer no sentido da cumulação de crimes, quer na direção da impunidade de determinado comportamento.

Nesse sentido, o que se propõe a examinar é o conflito específico entre os delitos de manipulação de mercado¹ e de *insider trading*² que podem se desenvolver no bojo de violação de normas do mercado de capitais.

Tome-se, assim, hipotética situação na qual o gestor de uma sociedade anônima divulga fatos relevantes falsos ao mercado com o nítido intuito de provocar uma expectativa positiva em potenciais investidores quanto à empresa. Posteriormente, ciente da falsidade das informações prestadas, lança mão de ações de sua propriedade vendendo-as diante daquele quadro posto anteriormente.

Em que medida a venda posterior de ações pode ser objeto de punição autônoma? Quando deve ser considerada parte da ação iniciada com o anúncio falso ao mercado?

São essas as indagações que o presente artigo se propõe a responder.

1 “Lei n. 6.385/1976 – Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: (Artigo incluído pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001) 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. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001).”

2 “Lei n. 6.385/1976 – Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: (Artigo incluído pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001) 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. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001).”

2 A fraude no contexto da criminalidade econômica

O desenvolvimento de um Direito Penal Econômico e Financeiro parece guardar uma conexão direta com a mudança de postura do Estado diante da realidade socioeconômica. Segundo John Vervaele, foi na passagem de um Estado vigilante noturno para um Estado intervencionista no plano socioeconômico que, no final do século XIX, surgiu o que hoje denominamos simplesmente de Direito Penal Econômico (VERVAELE, 2011, p. 15-16).

De modo mais preciso, foi nos Estados Unidos, durante o período nominado *progressive age*, no qual a intensa atividade legislativa nos mais variados campos levou ao surgimento de uma série de agências reguladoras (Federal Reserve Board, Food and Drug Administration, Inter State Commerce Commission e Fair Trade Commission), que se abriu espaço para a prática do que se convencionou como *regulatory offenses*, algo muito próximo do que hoje se tem por crime econômico (VERVAELE, 2011, p. 17-19).

Assim, também na Europa Continental o surgimento do Direito Penal Econômico deita suas raízes na regulação promovida no começo do século XX, que tem como exemplos, entre outros, a lei penal marco francesa (1905), que tinha por escopo proteger os consumidores contra fraudes e que incluía tanto produtos quanto o comércio (VERVAELE, 2011, p. 19).

Não se trata aqui de negar a existência autônoma de uma série de delitos – usura, açambarcamento de mercadorias, fraude no pagamento de impostos (SOUZA, 2011, p. 105) – que hoje teriam lugar, como parece intuitivo, no Direito Penal Econômico, em momento anterior ao final do século XIX e início do século XX, mas apenas da constatação de que o desenvolvimento autônomo e sistemático de tal ramo parece ter seu ponto de partida neste momento.

Como bem assenta Jorge Negreiros, em sua definição pioneira Sutherland demarca muito claramente que o criminoso do colarinho branco é alguém de “elevado estatuto social” (característica do ofensor) e que “pratica um delito relacionado com sua atividade profissional” (característica do crime) (NEGREIROS, 2017, p. 404).

Nas palavras do sociólogo norte-americano, a primeira razão pela qual a Justiça não lançava suas mãos sobre este tipo de criminalidade poderia ser encontrada na complexidade das violações à lei por parte dos empresários e no caráter difuso dos efeitos produzidos (SUTHERLAND, 2009, p. 83). Em síntese, diferentemente da *criminalidade tradicional* ou *clássica*, o delito do colarinho branco seria “invisível”³ aos olhos da maioria da população, o que diminuiria ou anularia o traço de sua reprovabilidade.

3 Sobre a aparência externa de licitude da conduta: BAJO; BACIGALUPO, 2010, p. 27.

Essa pretensa invisibilidade da criminalidade econômica era alcançada, o mais das vezes, pelo emprego da fraude, elemento presente nas mais diversas definições doutrinárias de crimes dessa estirpe.

Neste sentido, Morón Lerma:

La criminalidad económica encarna un sector delincucional, cuya importancia y controversia ha crecido, en lo últimos tempos, de forma constante. [...] A mi juicio, la formulación pionera de Sutherland, que definía esos delitos como aquellos cometidos por una persona de estatus socioeconómico alto en el ejercicio de su profesión, debe ser reinterpretada de forma acorde a la realidad criminológica actual. [...] las infracciones vinculadas a la delincuencia económica son cometidas usando un concreto modus operandi, vinculado a la idea de fraude o abuso de confianza en la comisión de estos ilícitos. Es decir, el criterio rector sugerido por Sutherland (estatus social y respetabilidad) pretendía designar, en el momento de su formulación, el ámbito profesional y social en el que las oportunidades para llevar a cabo delitos económicos se suscitaban de forma mayoritaria. (MORÓN LERMA, 2014, p. 51).

Também Bracher e Gagnon:

[...] o conjunto de crimes contra os bens, que são cometidos sem violência, mas com certa astúcia, embuste, ou ainda por abuso de uma posição de poder ou influência, tendo em vista o lucro. (BRACHER; GAGNON, 2008, p. 6).

Ainda que outras características possam ser apontadas como próprias desse tipo de delito, como “os efeitos devastadores para o funcionamento das instituições e da sociedade em geral” (NEGREIROS, 2017, p. 405), é a fraude o ponto de interseção de muitos dos crimes econômicos.

A relevância que assume para a configuração desses crimes e os mais variados campos onde se apresenta têm conferido à fraude um destaque que impulsiona a investigação criminológica na direção de sua compreensão, sua prevenção e seu sancionamento.

É nessa quadra investigativa que diversos autores têm retornado ao triângulo da fraude de Donald Cressey, um criminólogo americano que publicou, em 1953, os resultados de sua pesquisa na obra *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*, na qual sustentou que a ocorrência de um comportamento fraudulento dependia de três elementos: 1) motivação (pressão ou necessidade); 2) oportunidade; e 3) racionalização (NEGREIROS, 2017, p. 406-407).

Diante da proposta do presente artigo, parece adequado restringir as reflexões em torno do triângulo da fraude, focando a análise no primeiro de seus elementos, a motivação ou pressão.

Embora em sua concepção Cressey entendesse que a pressão seria originada da emergência de um problema não compartilhável com terceiros, a doutrina tem promovido releituras do elemento motivação:

A maioria das classificações admite que pressões para cometer uma fraude podem ser originadas por pressões financeiras e pressões não financeiras (Fitzsimons, 2009; Albrecht, Albrecht, Albrecht & Zimbelman, 2012). [...] As pressões financeiras são variadas, podendo incluir situações como investimentos fracassados ou outras perdas financeiras pessoais, viver acima de suas possibilidades [...]. As pressões não financeiras têm sido agrupadas em três categorias: 1) pressões que se relacionam com fatores laborais [...]; 2) pressões associadas a dependências de substâncias [...]; 3) pressões relacionadas com a necessidade de aumentar os meios financeiros a fim de adquirir ou manter um estilo de vida luxuoso (Rezaee, 2005; Dellaportas, 2013). Este tipo de motivação poderá estar associado a motivações egocêntricas (Dellaportas, 2013), orientadas para reforçar a autoridade e o prestígio pessoal do defraudador. (NEGREIROS, 2017, p. 408).

De relevo notar que os estudos em torno do elemento motivação no triângulo da fraude têm confirmado que o próprio comportamento fraudulento anteriormente realizado se estrutura como um outro fator adicional de pressão, o que conduz a fraude a um processo repetitivo e autorreforçador (NEGREIROS, 2017, p. 410).

Esse traço de retroalimentação na fraude – quanto mais se envolve com a fraude, mais se fica inclinado a se envolver – parece reafirmar a ideia do delinquente como um calculador racional:

La noción del delincuente como un calculador racional parecerá poco realista a muchos lectores, sobre todo cuando se aplica a delincuentes que tienen poca educación o a delitos que no se cometen por una ganancia pecuniaria. [...] Una creciente producción de literatura empírica sobre el delito ha revelado que los delincuentes responden a los cambios de los costos de oportunidad, de la probabilidad de la aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables relevantes como si fueran en efecto los calculadores racionales del modelo económico, y esto independientemente de que el delito se cometa por la ganancia pecuniaria o por impulso pasional, o por personas bien educadas o poco educadas, o aun poco educadas, o aun por menores. (POSNER, 2007, p. 350).

Se a realização de uma fraude se apresentou sob uma perspectiva positiva quanto aos resultados proporcionados ao indivíduo, este mesmo sujeito estaria propenso a reiterar aquele comportamento em busca de novos e similares ganhos.

Dentro de tais perspectivas, a doutrina não deixa escapar na análise da psicologia do fraudador o aspecto de que existiria, como importante fator motivacional, uma verdadeira calculadora de custos e benefícios:

[...] a teoria da escolha racional do crime empresarial (Paternoster & Simpson, 2008; Paternoster, 1996), concetualiza especificamente a influência das crenças morais no comportamento fraudulento. Um dos pressupostos desta abordagem é o de considerar que a decisão de cometer um crime empresarial resulta de uma avaliação dos benefícios (e.g., promoção, aumento salarial) e custos (e.g., redução do prestígio, sanção legal, censura social) associados à prática do crime empresarial, revestindo-se de grande importância as expectativas do sujeito em termos de custos e recompensas. (NEGREIROS, 2017, p. 412).

Não escapa, porém, da compreensão do fator motivacional o aspecto relativo ao desenvolvimento moral do indivíduo:

Uma compreensão mais aprofundada das motivações para cometer fraudes pode ainda se beneficiar dos contributos originários da teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg (1981; 1984). [...] Embora a relação entre a prática de comportamentos fraudulentos e desenvolvimento do raciocínio moral seja um domínio negligenciado da investigação nesta área, é plausível supor que a motivação para cometer fraudes possa ser influenciada pelo nível de desenvolvimento moral do indivíduo. (NEGREIROS, 2017, p. 413).

Outro aspecto que parece igualmente relevante na abordagem é o baixo autocontrole do indivíduo:

[...] a motivação para cometer uma fraude é indissociável de certos traços da personalidade do defraudador. [...] No âmbito dessas características da personalidade, o conceito de baixo autocontrole tem recebido atenção particular na literatura criminológica. Gottfredson e Hirschi (1990), por exemplo, consideram o baixo autocontrole como uma das dimensões centrais da Teoria Geral do Crime. Os autores definem crime como um “ato de força ou de fraude com vista a obter um interesse pessoal” (p. 15). O pressuposto central da teoria consiste em considerar que um baixo autocontrole em conjugação com a oportunidade constitui a causa primordial do comportamento criminal, sejam “atos de força ou de fraude” [...]. (NEGREIROS, 2017, p. 416-417).

Destarte, parece de relevo que aportes criminológicos modernos sirvam para melhor compreensão da fraude e do seu enfrentamento.

Respostas adequadas no âmbito penal parecem cada vez mais estar condicionadas por aspectos como oportunidade e racionalidade, fatores estes que ao lado da concepção moral do indivíduo e do autocontrole surgem como determinantes na decisão de se envolver ou não com a fraude, na medida em que passíveis de intervenção por parte do legislador⁴.

4 Sobre a necessidade de aumentar os custos e os riscos para a fraude fiscal: AYALA GÓMEZ, 2009, p. 24-25.

Prevenção e sanção devem guardar uma correlação direta com o binômio oportunidade-racionalidade. Isto se aprofunda na medida da concepção de uma função social da propriedade, o que legitima a intervenção do Estado no âmbito econômico, e também penal econômico, de forma a garantir um jogo econômico no qual a propriedade cumpra tal função⁵.

Registre-se, contudo, que uma concepção moral bastante discrepante daquela exigida pelas normas de convivência estabelecidas na lei não tem o condão de afastar a responsabilidade penal, mas tão somente de afirmar uma postura mais individualista diante de uma realidade que é coletiva.

Ocorre que, na qualidade de elemento estrutural de uma série de delitos no âmbito do Direito Penal Econômico, a fraude se presta a reafirmar a noção de crime econômico enquanto delito, no qual, a mais das vezes, estão conjugadas a fraude e o ganho ilícito⁶.

A par de tais considerações de ordem legitimadora da intervenção penal no âmbito da fraude econômica, não se pode olvidar que, estando associada a um determinado objetivo, o ganho econômico, ela se apresenta como elemento de enlace entre diversas condutas que se colocam em contextos fáticos próximos⁷.

Tomadas essas linhas, a fraude se torna o elemento de identidade em certos delitos visando possibilitar o ganho econômico, o que em mercados regulados, como o de capitais, diz com o escapar das amarras regulatórias ou violar de forma subliminar suas regras.

3 Dos delitos contra o mercado de capitais

Os delitos que são objeto da investigação precisam ter seus limites muito bem delineados para que se possa apartar as condutas neles descritas.

Por manipulação de mercado é possível entender a realização de um ato fraudulento destinado a provocar uma flutuação artificial da cotação das ações de uma empresa de capital aberto.

5 Sobre a tutela penal da função social da propriedade: BATISTA, 2006, p. 64-65.

6 Sobre a evolução do conceito de crime econômico a partir da abordagem de Sutherland: BAJÓ; BACIGALUPO, 2010, p. 21; SANTOS, 2001, p. 46.

7 Num paralelo com delitos do Direito Penal clássico, o ladrão, autor do furto e do roubo, não comete receptação quando transporta a coisa subtraída de um lugar a outro. Isto se dá na medida em que esta ação guarda uma relação de dependência com aquela. A responsabilidade penal se fixa exclusivamente no primeiro delito, ao qual corresponde já uma lesão patrimonial. É o princípio da consunção que fundamenta tal entendimento. Não obstante, se após já se ter desfeito do bem este mesmo ladrão vem a readquiri-lo, neste caso, não estando mais numa relação de dependência com a conduta anterior, torna-se perfeitamente possível a imputação de receptação diante da circulação patrimonial anômala.

De outra banda, o *insider trading* ou uso de informações privilegiadas relaciona-se à atuação no mercado de capitais aproveitando-se de uma informação que o mercado não dispõe em relação à empresa.

Embora comumente associados a dirigentes ou acionistas controladores de empresas de capital aberto, apenas o delito de *insider* é crime próprio (BITENCOURT; BREDÁ, 2014, p. 358); a manipulação é crime comum (BITENCOURT; BREDÁ, 2014, p. 318).

A compreensão do delito de *insider* como crime próprio se faz com base na ideia de que o agente deve ser detentor do dever de sigilo, o que é encontrado na regulamentação setorial promovida no Brasil pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 8º da Instrução n. 358, de 3 de janeiro de 2002) (BITENCOURT; BREDÁ, 2014, p. 358).

É essa regulamentação administrativa, ao lado das disposições legais, que firma o substrato fundamental à compreensão dos delitos contra o mercado de capitais.

Dito de outra forma, à medida que o empresário abre o capital de sua empresa, colocam-se cotas (ações) da sociedade para circular no mercado de valores mobiliários, parcela do sistema financeiro, e passa-se a captar a poupança privada fomentando a própria atividade desenvolvida.

É exatamente essa captação da poupança privada o que induz a regulação estatal de tal atividade, impedindo que a abertura de capital se torne um instrumento para a locupletação de recursos de terceiros.

Em essência, a regulação dirige a tutela jurídica para a promoção de um capitalismo mais ético, em que aparecem *o dever de transparência e o de não se utilizar de informações ainda não divulgadas ao mercado* como consectários do fato de que o capital não pertence tão somente ao controlador, mas a todo um conjunto de investidores.

Nesse sentido, a doutrina espanhola:

Una inversión depende en gran medida no sólo de la pericia y la buena gestión del patrimonio empresarial o financiero de la sociedad cotizada por parte de sus administradores, sino también, fundamentalmente de las informaciones suministradas y puestas en conocimiento del público en general. Entre ellas destacan las que pueden influir en la cotización de los títulos, como son las operaciones realizadas por los propios órganos de la sociedad, porque con la difusión se puede estimar el valor de la empresa por parte de los inversores y de esta forma permitirles calcular la rentabilidad de su inversión a la vista de aquella información. (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 159).

A importância da transparência na condução de empresas de capital aberto se reflete na constatação dos inúmeros escândalos financeiros verificados nos Estados Unidos e na Europa nos quais fora negligenciado tal aspecto na condução de empresas:

Esto que parece de un evidencia asombrosa, no ha sido así. La lista de escándalos producidos en los últimos años se multiplica: Gescartera o Alierta, en nuestro país; Enron o WorldCom, en Estados Unidos. En muchos casos, los administradores, actuando en beneficio propio y al margen de las reglas contables, llevaron a cabo un entramado suministrando información incompleta y dejando activos y deudas fuera de su cuenta de resultados, o bien los falsearon mostrando más beneficios de los reales, cuando una correcta contabilidad habría indicado enormes pérdidas. (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 160).

Destarte, a divulgação falsa ou parcial de fatos relevantes colide com o dever de transparência necessário ao mercado de capitais, assim como o uso de informações privilegiadas faz do dirigente da sociedade alguém que opera em condições diferenciadas em relação a todos os demais investidores (Lei n. 6.404/1976)⁸.

Esse tipo de limitação assenta que a liberdade no capitalismo não é absoluta, mas conformada por certos objetivos de índole social próprios da ordem econômico-constitucional.

Nesse sentido já assentou a doutrina:

Fundamentada ideologicamente no “capitalismo”, pelo direito à propriedade privada abrangente de toda espécie de bens, aí incluídos os de produção, registra restrições como a da função social da propriedade ou da repressão ao abuso de poder econômico [...] Para identificar seu caráter simbiótico, composto ou plural, apontam-se a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais, especialmente as sociais. Sobrepondo-se-lhes, citam-se os “fundamentos” da “valorização do trabalho humano” e da “justiça social”, que, ao lado da “livre iniciativa”, tanto atendem ao neoliberalismo, como à social-democracia identificada pelos seus prosélitos nesta mesma Carta de 1988. (SOUZA, 2002, p. 459-461).

8 “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: [...] § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. [...] § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei n. 10.303, de 2001).”

Reafirma-se, com isso, o que fora dito por Tiedemann (1995, p. 17) ao afirmar que a vigente Constituição Brasileira adotou “uma economia de mercado mitigada pelo poder intervencionista do Estado”. Com efeito, vale recordar que a intervenção estatal no espaço econômico se dirigiu à superação dos descaminhos do liberalismo, que, conforme Eros Grau (2007, p. 95), reduzia-se ao reconhecimento da realidade.

A transformação do papel do Estado fez com que se lhe atribuísse a missão de coordenar políticas públicas para conformar o “mundo do ser” (GRAU, 2007, p. 73-74), fazendo-o, entre outras formas, mediante intervenção nos regimes jurídicos do contrato e da propriedade (GRAU, 2007, p. 95).

4 Manipulação e insider como formas de afetação do bem jurídico tutelado

O pressuposto fundamental de um sistema econômico capitalista é o de que nele o mercado, espaço onde se realizam trocas, seja o ambiente adequado ao equacionamento do problema econômico.

Ocorre que para que tal situação se verifique é necessário “o acesso de todos os operadores de um mercado, ou seja, de todos aqueles que nele exerçam influência, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados” (NUSDEO, 2001, p. 143).

É preciso que investidores atuem em condições de igualdade, que detenham as mesmas informações.

Apenas quando presente essa igualdade será possível alcançar o preço natural de cada bem econômico, inclusive ações, possibilitando, assim, relações de troca baseadas na manifestação da escassez de um bem no preço (NUSDEO, 2001, p. 143).

Exsurge daí a importância da tutela jurídica do fluxo de informações dentro do sistema capitalista tanto no campo do consumidor, onde inúmeras normas se apresentam, quanto no âmbito da lei das sociedades anônimas:

Fora do campo do consumo, a própria lei das sociedades anônimas contém diversos dispositivos agrupados sob o título “Dever de informar”, o mesmo valendo para a regulamentação das operações em Bolsa e em diversas outras hipóteses. Em uma empresa dedicada a empreitadas públicas, os diretores e principais assessores podem ficar sabendo a respeito de um grande contrato a ser por ela celebrado, por exemplo, para a construção de um trecho do metrô de uma grande cidade. Estes personagens poderão ir à Bolsa de Valores e adquirir grande quantidade de ações daquela companhia, para revendê-las com substancial lucro, logo depois, quando a notícia do contrato chegar ao mercado bursátil, elevando os

preços daqueles papéis. O mesmo poderá se dar, em sentido inverso, se o contrato vier a ser cancelado. A isso chama-se de “informação privilegiada” ou em inglês *insider trading*, isto é, negociação por aqueles de dentro – em muitas legislações capitulado como crime –, caso não feita ao mercado a competente comunicação. (NUSDEO, 2001, p. 143).

Dentro do modelo econômico capitalista, o mercado de capitais cumpre o relevante papel de viabilizar atividades que dependem de financiamento pela canalização da poupança popular e, ao mesmo tempo, possibilitam aos investidores concorrer nos resultados da empresa reforçando sua função social.

Ocorre que os delitos em questão fraudam a legítima expectativa dos investidores, na medida em que possibilitam atender às ganâncias de diretos das empresas e de seus controladores (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 160).

Neste sentido:

Quando se habla de abuso de mercado nos estamos refiriendo a comportamientos realizados por sujetos que se aprovechan de su especial situación para utilizar informaciones no disponibles por el resto de operadores (*insider trading*), que falsean el mecanismo de fijación de precios de los instrumentos financieros o que divulgan informaciones falseas o erróneas (manipulación de mercado), obstaculizando la real y plena transparencia del mercado. (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 162).

Cuidando do bem jurídico protegido no art. 27-C, a doutrina brasileira assim expõe:

O bem juridicamente protegido pela ameaça penal, no art. 27-C, é, genericamente, o da estabilidade do mercado de capitais; mais especificamente, visa a norma proteger o processo de formação de preços dos valores mobiliários no mercado, evitando sua alteração artificial. Os preços dos valores mobiliários no mercado – ou sua cotação – devem ser formados pelo livre jogo da oferta e procura, refletindo todas as informações disponíveis sobre tais ativos e sobre as companhias emissoras. (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2002, p. 533-534).

Ao tratar do delito previsto no art. 27-D, a indicação do bem jurídico é feita nos seguintes termos:

A norma protege as relações de confiança, transparência e lealdade entre todos os participantes do mercado de capitais, espaço que deve se qualificar pela igualdade de oportunidades oferecida aos investidores. (BITENCOURT; BREDÁ, 2014, p. 356-357).

Ao que parece, apesar da indicação pela doutrina de aspectos diferentes do mercado de capitais como objeto de tutela nos delitos examinados, seria a funcio-

nalidade do mercado de capitais o bem jurídico tutelado, seu conjunto de regras, suas premissas de funcionamento consoante um sistema econômico capitalista.

Essa aparenta ser, com algum complemento, a posição seguida por Tiedemann, que, comentando a legislação bávara, afirma que os delitos de fraude no investimento de capital, manipulação ou cotação de preços de mercado, incitação a operações especulativas e uso de informação privilegiada teriam como bem jurídico tutelado imediato o mercado de capitais e sua capacidade de funcionamento, tutelando-se, também, o patrimônio individual do investidor de capitais e sua liberdade de disposição patrimonial (TIEDEMANN, 2010, p. 374).

Não se deixa de reconhecer que investidores podem ser afetados por tais condutas, porém, tendo em conta que a estruturação dos delitos no Brasil se fez a partir de crimes formais e de perigo, o objeto da tutela parece ser, de fato, a funcionalidade do mercado de capitais que é posta em perigo por essas condutas.

Contudo, a atuação no mercado de capitais em desacordo com as citadas regras de transparência parece violar, também, a confiança dos investidores, necessária ao surgimento de um mercado de capitais desenvolvido e capaz de fomentar o desenvolvimento econômico.

Neste ponto, demarque-se, está mais um traço da proximidade entre os delitos econômicos e o estelionato.

Nesse sentido destaca a doutrina espanhola:

[...] nos encontramos ante un asunto de confianza: confianza en una aplicación estricta de las normas contables y del mercado de valores, para que los que ocupan cargos de administración o dirección no manipulen los resultados contables en beneficio propio, ni utilicen información privilegiada [...]. (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 162).

Delineadas a funcionalidade do mercado e a confiança dos investidores como objetos principais da tutela nos dois delitos examinados, torna-se possível empreender o exame da questão posta inicialmente.

5 Do Direito Penal clássico ao Direito Penal Econômico: contributo de Nelson Hungria para a resolução do conflito

Encontrar a correta resposta punitiva para um fato concreto é medida que tangencia o tema do concurso de crimes e do conflito aparente de normas. Embora a doutrina brasileira, por convenção, promova o estudo do conflito no âmbito da teoria da norma (HUNGRIA, 1958, p. 136-140; BITENCOURT, 2016, p. 254-259; SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 149-155), é certo que o tema toca no concurso de crimes, como dispõe parte da doutrina alienígena (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARAN, 2010, p. 470-475).

A pretensão de resolução do conflito entre dois delitos como os mencionados acima esbarra, assim, num dos temas mais relevantes do Direito Penal. Nesse sentido já destacou a doutrina portuguesa ser este

[...] um dos mais torturantes problemas de toda a ciência do direito criminal (Eduardo Correia) ou problema dogmático extremamente complicado (Cavaleiro de Ferreira) e, ainda, um dos mais complexos e difíceis assuntos de todo o direito penal (Faria Costa). (ANDRADE, 2010, p. 13).

Conforme mencionado, tanto os delitos de manipulação de mercado quanto de *insider trading* são formais. Contudo, em ambos aparece como elemento do tipo, o que se pode dizer, a nota fundamental de delitos desse jaez, a busca pelo ganho econômico-financeiro, *o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, e capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários.*

Essa proximidade entre os delitos induz ao questionamento sobre a possibilidade de imputação simultânea de ambos quando diante da prática de manipulação de mercado o agente lance mão da venda de ações.

Ao que parece é necessário realizar, dentro das mesmas premissas, uma separação das condutas, tal como ocorre no estelionato.

É dizer, quando se imputa a um agente a divulgação de informações inverídicas ao mercado empolgado pela intenção de movimentá-lo artificialmente e, conseqüentemente, obter lucro, a realização do ganho econômico dentro deste mesmo contexto poderia ser objeto de imputação autônoma?

Como dito acima, a funcionalidade do mercado de capitais e a confiança dos investidores seriam os objetos de tutela dos crimes contra o mercado de capitais de *manipulação e insider*.

Tal percepção se justifica em razão da violação do dever de transparência, quer seja divulgando algo parcialmente ou falso, quer atuando com informações que os demais investidores não possuem. Em ambos há uma quebra das regras de atuação no mercado de capitais e da confiança que deve existir em torno dos negócios.

Feitas essas considerações, parece estar no jogo de informações a nota distintiva para identificar a ocorrência de um concurso de crimes ou uma hipótese de mero conflito aparente a ser resolvido por um dos princípios específicos (consumção, especialidade, subsidiariedade e alternatividade).

Quando lançados sobre a mesma base fática, ou seja, *sobre a mesma informação (mesma base fática relacionada à fraude)*, não parece razoável reconhecer um concurso de crimes, mas uma hipótese de absorção do *insider* pela manipulação.

Tome-se, conforme mencionado, o delito de estelionato como célula *mater* dos delitos de fraude do Direito Penal Econômico.

Das lições de Nelson Hungria é possível compreender que as duas modalidades de estelionato – “induzir a erro” e “manter em erro” – são impossíveis:

Entende-se por “erro” a falsa ou nenhuma representação da realidade concreta, funcionando como vício do consentimento da vítima. No *induzimento* em erro, a vítima toma *aliud pro alio*; na *manutenção* em erro, *desconhece* a realidade. O agente, no primeiro caso, tem a iniciativa de causar o erro; no segundo, preexistindo o erro, causa a sua *prolongação* ou *persistência*, impedindo, por sua conduta astuciosa ou omissiva do dever ético-jurídico de o revelar, que a vítima dele se liberte. (HUNGRIA, 1955, p. 204. Grifos do original).

Conjugada essa lição com a dinâmica das informações no âmbito de uma sociedade de capital aberto, evidencia-se a conexão relevante nos tipos penais supracitados entre informação e investidor, pois a decisão de investir está na relação direta com o tipo de informação que é trazida ao mercado pela empresa.

Não por outra razão os mais rumorosos escândalos econômicos verificados na Europa e nos EUA guardavam relação direta com o descompasso nessa relação informação-investimento (GÓMEZ INIESTA, 2006, p. 160).

A jurisprudência brasileira disso não se afastou ao examinar o delito de *insider trading*⁹.

Do mesmo modo, é possível traçar um paralelo entre o delito de manipulação de mercado e o estelionato na modalidade “induzir a erro” e entre o crime de *insider trading* e o delito patrimonial em sua modalidade “manter em erro”.

No delito de manipulação, o agente viola o dever de prestar informações verdadeiras criando um ambiente no qual a percepção dos investidores é

9 “[...] 3. A responsabilidade penal pelo uso indevido de informação privilegiada, ou seja, o chamado Insider Trading – expressão originária do ordenamento jurídico norte-americano – ocorreu com o advento da Lei n. 10.303/2001, que acrescentou o artigo 27-D à Lei n. 6.385/76, não existindo, ainda, no Brasil, um posicionamento jurisprudencial pacífico acerca da conduta descrita no aludido dispositivo, tampouco consenso doutrinário a respeito do tema. 4. A teor do disposto nos arts. 3º e 6º da Instrução Normativa n. 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários e no art. 157, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, *quando o insider detiver informações relevantes sobre sua companhia deverá comunicá-las ao mercado de capitais tão logo seja possível, ou, no caso em que não puder fazê-lo, por entender que sua revelação colocará em risco interesses da empresa, deverá abster-se de negociar com os valores mobiliários referentes às informações privilegiadas, enquanto não forem divulgadas*. 5. Com efeito, para a configuração do crime em questão, as ‘informações’ apenas terão relevância para esfera penal se a sua utilização ocorrer antes de serem divulgadas no mercado de capitais. A legislação penal brasileira, entretanto, não explicitou o que venha a ser informação economicamente relevante, fazendo com que o intérprete recorra a outras leis ou atos normativos para saber o alcance da norma incriminadora. [...]” (STJ: REsp 1569171/SP, min. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 16.2.2016, Data da Publicação/Fonte DJe 25 fev. 2016) [sem grifo no original].

equivocada e, conseqüentemente, as decisões são tomadas em erro. Noutras palavras, se no estelionato o erro é o móvel para a atuação da vítima, que, sem perceber, se desapossa, na manipulação é o erro que motiva o investimento.

Contudo, diferentemente do estelionato, a manipulação é um crime formal, logo, dispensa-se o ganho ilícito decorrente da conduta.

No *insider*, por outro lado, o agente, tal como no *steliionatus*, viola o dever jurídico de informar e de não se locupletar de uma informação que detém ainda não compartilhada com os demais investidores.

Colocada a questão nesses termos, a concretização do ganho ilícito decorrente da manipulação de mercado tem na venda de ações, se não a principal, uma das mais evidentes formas de concretização dele.

Por isso, não parece adequado imputar automaticamente *insider* a quem já é responsabilizado por manipulação de mercado em relação às mesmas informações que seriam sonegadas no momento do *insider*. Afinal, é intuitivo que quem divulga uma informação falsa não a revelará ao mercado quando de sua operação de compra ou venda.

Isso não significa, porém, que a negociação das ações reste desprezada pelo Direito Penal, pois em se tratando de delito formal a materialização do resultado (ganho) autoriza o aumento da pena conforme assente na jurisprudência pátria¹⁰.

Outrossim, quando praticados sobre a mesma base de informação os delitos se resolvem pela aplicação do princípio da consunção, reconhecendo o *insider trading* um *post factum* impunível (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 154) do delito de manipulação de mercado.

Por outro lado, se entre a conduta de manipulação de mercado e a ocorrência do *insider* acudirem novas informações privilegiadas para o agente, alterada a base informacional, é de se reconhecer um concurso de crimes, ainda que ocorra, simultaneamente, o uso daquela informação falsamente divulgada antes.

6 Conclusão

Como assentado na introdução, o Direito Penal Econômico provoca uma releitura da teoria do delito de forma a adequá-la aos diferentes objetos de tutela deste âmbito. O conflito aparente de normas passa a exigir não apenas

10 “[...] tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das conseqüências do delito. [...]” (STJ: HC 41.466/MG, rel. min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 10 out. 2005). No mesmo sentido: STJ, REsp 1520203/SP, min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Data do Julgamento 15.9.2015, Data da Publicação/Fonte *DJe* 1º out. 2015, RT, vol. 962, p. 424.

a compreensão da relação entre dois tipos penais, mas também os objetos específicos de regulamentação extrapenal e o modo como são conduzidos.

A funcionalidade do mercado de capitais, isto é, o modo como deve operar, deriva de suas regras, o que é objeto de regulamentação extrapenal. O conflito de normas passa, como visto, a ser informado, também, por tais regulamentações e, redimensionado, passa a operar soluções que vão além da mera subsunção do fato à norma, caso se pretenda alcançar uma justa resposta punitiva neste âmbito.

A resolução do conflito aparente entre manipulação de mercado e *insider trading* há de ser feita tendo por base, além do contexto fático, a informação falsa ou incompleta veiculada no primeiro. Sendo o *insider* realizado a partir dela, não há outra solução senão a da absorção do *insider* pela manipulação, o crime mais grave. Por outro lado, diversas as informações, há concurso material de crimes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, João da Costa. *Da unidade e pluralidade de crimes: doutrina geral e crimes tributários*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Ed., 2010.

AYALA GÓMEZ, Ignacio. Antecedentes legislativos de los delitos contra la hacienda pública. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio (Dir. y Coord.). *Delitos e infracciones contra la hacienda pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 23-62.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Segunda edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2010.

BATISTA, Nilo. *Lições de direito penal falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1, Parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRACHER, J. L.; GAGNON, C. A criminalidade económica. In: BLANC, Marc Le; OUIMET, Marc; SZABO, Denis (Coords.). *Tratado de criminologia empírica*. Lisboa: Climepsi Editores, 2008.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. Fraudes en el mercado de valores: a propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursátiles y abuso de información privilegiada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. I, tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Comentários ao Código Penal*, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MARTINS, Guilherme D'Oliveira. Prefácio. In: MAIA, António; SOUSA, Bruno; PIMENTA, Carlos (Coords.). *Fraude em Portugal: factos e contextos*. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

MORÓN LERMA, Esther. El perfil criminológico del delincuente económico. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NEGREIROS, Jorge. Psicologia do defraudador. In: MAIA, António; SOUSA, Bruno; PIMENTA, Carlos (Coords.). *Fraude em Portugal: factos e contextos*. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre los delitos económicos como subsistema penal. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010.

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

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 105-145.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. Parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Traducción directa del inglés: Laura Belloqui. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação crítica: crimes contra a ordem econômica. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VERVAELE, John A. E. Un enfoque histórico al derecho penal económico y financiero. In: VERVAELE, JOHN A.E.; HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. *Estudios de derecho penal económico y financiero*. Ibagué: Universidad de Ibagué, Oficina de Publicaciones, 2011.

LENIÊNCIA, TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA: A VINCULAÇÃO AO ACORDO DE LENIÊNCIA DOS ATORES ESTATAIS COLEGITIMADOS

**JOÃO PEREIRA DE ANDRADE FILHO
PAULO SÉRGIO FERREIRA FILHO**

1 Introdução

O acordo de leniência tem sido objeto de diversos debates na comunidade jurídica brasileira, razão pela qual o presente artigo se concentrará na questão dos efeitos que o acordo gera em relação aos colegitimados na tutela do patrimônio público e da probidade administrativa, demonstrando-se a relação entre a segurança jurídica do instrumento, a boa reputação dos entes estatais como cumpridores dos pactos e a efetividade dos acordos de leniência na prevenção de ilícitos.

Na seção 2, será apresentada a atual situação do acordo de leniência na legislação brasileira e como a ordem legal vigente pode comprometer a necessária segurança jurídica para que os infratores de fato se interessem em celebrar o referido pacto, contendo, ainda, reflexões em derredor da aplicação do instituto do acordo de leniência nas infrações envolvendo atos lesivos à Administração Pública, especificamente aqueles previstos no art. 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei de Combate à Corrupção), bem como os atentatórios à ordem econômica.

Na seção 3, o referencial teórico da Análise Econômica do Direito servirá para demonstrar o potencial dissuasório dos acordos de leniência em relação aos ilícitos praticados em detrimento da ordem econômica, do erário e da

proibidade administrativa. Demonstrar-se-á, ainda, como a ausência de transparência e boa reputação dos entes estatais pode esvaziar a efetividade do referido mecanismo jurídico.

Na seção 4, será explicitado de que forma se poderá, de maneira prática e jurídica, assegurar maior segurança jurídica na atual ordem jurídica, ainda que não sejam feitas as necessárias modificações legislativas apontadas na seção 2.

Conclui-se que, apesar de o acordo de leniência ser um importante instrumento de combate a ilícitos, caso não seja concedida a segurança jurídica necessária, principalmente na vinculação dos colegitimados para a tutela do patrimônio público, da ordem econômica e da proibidade administrativa aos termos pactuados e na restrição de hipóteses que permitam a invalidação do acordo, este pode acabar se tornando algo inefetivo para a sociedade brasileira.

2 O acordo de leniência na legislação brasileira

Conceitualmente, ações estatais de leniência caracterizam-se pelo interesse do Estado em abdicar, total ou parcialmente, do exercício de seu poder punitivo (no âmbito criminal, administrativo ou cível) diante do propósito de colaboração do infrator, que, a partir da admissão dos ilícitos por ele praticados, viabiliza a superação das dificuldades correntemente enfrentadas em investigar infrações e ilícitos cometidos por entes personalizados (pessoas jurídicas) ou por pessoas naturais.

Com isso, mitiga-se o exercício da atividade punitiva do Estado com o objetivo de capitalizar os ganhos decorrentes da atuação colaborativa de agentes infratores que se dispõem a assumir os ilícitos praticados e a cooperar no desvendamento da extensão das infrações, na identificação de outros partícipes e no pronto ressarcimento dos danos causados. A postura de leniência em relação ao dever de punir é compensada tanto pela cooperação efetiva na apuração das infrações eventualmente perdoadas quanto pelo ressarcimento imediato do dano causado. Ademais, como será demonstrado na próxima seção, a leniência poderá, também, dissuadir a prática de ilícitos na sociedade.

O *instituto* do acordo de leniência não é desconhecido no sistema jurídico nacional. No campo do Direito Antitruste, a Lei n. 10.149/2000 promoveu significativas alterações na revogada Lei n. 8.884/1994, ao inserir os arts. 35-B e 35-C nesse diploma para dispor sobre a possibilidade de a União celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que houvessem praticado infrações à ordem econômica, desde que os agentes infratores colaborassem efetivamente com as investigações e que, da investigação, resultassem a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos suficientes a comprovar a infração noticiada ou sob investigação.

O *instituto* foi preservado pela novel legislação de proteção à concorrência, na medida em que a Lei n. 12.529/2011, ao promover a revogação da Lei n. 8.884/1994, passou a cuidar dos contornos jurídicos do acordo de leniência em seus arts. 86 e 87. Mais recentemente, a conformação jurídica do acordo de leniência foi reformatada com o advento da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida popularmente como Lei de Combate à Corrupção ou simplesmente Lei Anticorrupção.

A inovação mais destacada promovida pela Lei n. 12.846/2013 diz respeito à possibilidade de aplicação do acordo de leniência em relação a atos ilícitos perpetrados por pessoas jurídicas e agentes públicos contra a Administração Pública, estendendo o âmbito de incidência do instituto para além das infrações de mercado e à ordem econômica – tal como sucedia com as Leis n. 12.529/2011 e n. 8.884/1994.

Com efeito, a Lei Anticorrupção passou a prever a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas que incorram na prática de atos lesivos à Administração Pública (tipificados no art. 5º da Lei n. 12.846/2013), conferindo-lhes benefícios específicos (art. 16, § 2º), a exemplo da redução em dois terços da multa aplicável; da isenção das penas de publicação da decisão condenatória; da isenção da penalidade de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, além da isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos arts. 86 a 88 da Lei n. 8.666/1993.

Contudo, diversos são os questionamentos que pairam sobre a regulamentação legal e que circundam a aplicação prática do acordo de leniência tal como previsto na Lei n. 12.846/2013, sobretudo quando enfocada a questão a partir da perspectiva de segurança jurídica que deve permear a atuação do Estado em todas as searas de atuação punitiva.

2.1 Estabilidade e segurança jurídica no acordo de leniência

Advoga-se aqui a ideia de que a atratividade dos acordos de leniência pautados na Lei Anticorrupção depende, necessariamente, da garantia de estabilidade das cláusulas negociadas, de modo a conferir incentivos aos agentes privados infratores, previsibilidade à atuação do Estado, boa reputação aos agentes públicos responsáveis pela negociação e segurança jurídica em favor daqueles agentes que intentem aderir ao programa de leniência.

É nessa perspectiva que se questiona, por exemplo, a respeito das cautelas que devem envolver a atuação dos agentes públicos responsáveis por negociar os acordos de leniência, mormente quando, frustrada por qualquer

motivo a celebração do ajuste, os agentes públicos competentes para a sua negociação já houverem tomado ciência de informações econômicas relevantes ou sigilosas e de atividades ilícitas (seja no campo civil, administrativo ou criminal) eventualmente confessadas pelos interessados (VIANNA FILHO, 2016).

Ainda, diverge-se sobre a necessidade de múltiplos partícipes estatais na negociação, de forma a evitar que a posterior atuação de órgãos de controle (Ministério Público, Advocacia Pública e órgãos de Controle Externo) possa comprometer as expectativas e os direitos gestados por ocasião da negociação da leniência.

Embora a segurança jurídica seja uma preocupação que permeia a análise aqui empreendida, o enfoque concentrar-se-á especialmente na discussão acerca da atuação de agentes colegitimados para a celebração do acordo e para a atividade de controle de legalidade dos atos estatais, do mecanismo jurídico adequado para realizar eventual questionamento judicial do acordo, da possibilidade de o Poder Judiciário revisar o conteúdo das cláusulas acordadas, além dos reflexos jurídicos da atuação leniente sobre ações civis de improbidade administrativa envolvendo a pessoa jurídica em relação aos mesmos fatos confessados no acordo de leniência.

Pois bem. O acordo de leniência está previsto no art. 16 da Lei n. 12.846/2013 nos seguintes termos:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

- I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
- II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
- III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Em breve exposição, a Lei n. 12.846/2013 erige como requisitos para a celebração do acordo: a) a competência da autoridade celebrante; b) a manifestação de vontade do agente colaborador; c) a assunção de culpa e os compromissos dos infratores (dever de cessação da atividade ilícita, dever de colaboração e de comparecimento). Perceba-se, ainda, que o § 3º do art. 16 condicionou a celebração e a validade do acordo de leniência ao ressarcimento integral do dano causado pela pessoa jurídica infratora.

2.1.1 A questão do ressarcimento integral do dano

A propósito deste ponto, e voltando a atenção para os aspectos atinentes à segurança jurídica do acordo, um dos questionamentos mais interessantes envolvendo a aplicação das disposições da Lei Anticorrupção diz respeito à viabilidade de se questionar judicialmente o cumprimento adequado desse comando normativo (art. 16, § 3º, da Lei n. 12.846/2013) que impõe a integralidade do ressarcimento por parte da pessoa jurídica causadora do dano.

O diploma legal é peremptório em determinar que a celebração do acordo não exime o responsável de promover o ressarcimento integral do dano. Esta parece ser uma das situações que possibilitam a autoridade pública competente – ou mesmo os legitimados à promoção da tutela coletiva de direitos – a questionar judicialmente o acordo.

Veja-se que, nesta situação, não se estaria propriamente questionando a validade do acordo, que continuaria hígido e produzindo os seus efeitos, nos termos das cláusulas negociadas. Defende-se aqui que a *integralidade do ressarcimento* constituiria uma condição externa de eficácia do acordo de leniência. Isso porque, celebrado o acordo e havendo indícios posteriores suficien-

tes de que esta condição (ressarcimento integral) não se implementou – por exemplo, vem à tona posteriormente que o dano causado foi muito maior do que aquele orçado e imaginado quando da celebração do acordo –, poder-se-ia exigir da pessoa jurídica a complementação do ressarcimento.

À evidência, tal fato posterior não inquinaria de nulidade o acordo celebrado em observância aos requisitos legais. Ao contrário, tem-se que apenas a eficácia do ajuste ficará condicionada à realização da indenização complementar, de maneira a realizar o mandamento legal determinante do ressarcimento integral.

É preciso ter presente, a bem da segurança jurídica e da estabilidade do acordo de leniência, que a descoberta posterior da insuficiência do ressarcimento não deve ser encarada como causa de invalidade do ajuste. O bom entendimento a respeito desse ponto revela-se como um contributo relevante à segurança jurídica do programa de leniência entabulado com base na Lei Anticorrupção.

Some-se a isso a questão do difícil dimensionamento dos danos causados ao erário em casos extremamente complexos, embora o montante devido a título de ressarcimento certamente seja debatido à exaustão durante as negociações do acordo. Tal valor, expressamente debatido e acordado, deve possuir a presunção de ter abarcado todo o dano existente, somente sendo permitido discuti-lo em caso de surgimento de novos elementos que ainda não eram de ciência dos órgãos estatais durante as negociações ou pelo fato de o acordo ter sido manifesta e cabalmente insuficiente para a reparação do dano.

Essa é uma das razões pelas quais, conforme defendido no presente artigo, no regime atualmente vigente – decorrente da não conversão integral da Medida Provisória n. 703, de 2015 –, a celebração de acordo de leniência não esvazia o conteúdo de ação civil de improbidade administrativa que esteja em curso em face da pessoa jurídica que tenha celebrado o ajuste de leniência. Se uma das sanções aplicáveis na ação de improbidade for a do ressarcimento ao erário, tem-se que haveria, ao menos em tese, um interesse qualificado em dar continuidade ao processamento da ação com um melhor enfoque cognitivo a respeito da compatibilidade dos valores de ressarcimento acordados na leniência com aqueles apurados em sede judicial. Haveria uma relação de estreita imbricação entre a cláusula de ressarcimento prevista no acordo de leniência e a pretensão de ressarcimento formulada no bojo da ação judicial de improbidade administrativa, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.429/1992.

2.1.2 Questões diversas: competência para celebração do acordo, participação do Ministério Público e da Advocacia Pública

Dando continuidade à análise dos aspectos dogmáticos da Lei Anticorrupção, há ainda questões tormentosas em derredor da definição da competência para

a celebração do acordo. Atualmente, o art. 16 da Lei n. 12.846/2013 dispõe que compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar o acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos no art. 5º do mesmo diploma legal.

A primeira dúvida acerca da aplicação do dispositivo gravita em torno da própria determinação de quem seria a autoridade máxima de cada órgão, na medida em que o presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal e os prefeitos municipais exercem a função precípua de chefia das suas respectivas administrações.

A respeito desse ponto, é preciso destacar que se põe em dúvida a própria serventia de se permitir que agentes políticos, despidos de vocação técnica e de isenção política, celebrem os acordos de colaboração, prescindindo da atuação de órgãos técnicos de controle ou de natureza correccional¹.

A melhor técnica legislativa seria indicar com clareza e precisão, tal como consta do art. 86 da Lei n. 12.529/2011 – que outorga ao CADE, por intermédio da sua Superintendência-Geral, a competência para celebrar acordo de leniência em relação a infrações à ordem econômica –, qual seria o órgão ou entidade responsável por celebrar o acordo de leniência, privilegiando-se, por evidente, *institucionalidades* estatais dotadas de *expertise técnica*.

Ademais, apesar da clareza da norma citada no parágrafo anterior, diante da implicação do acordo de leniência na ação penal correlata ao ilícito objeto do acordo (art. 87 da Lei n. 12.529/2011), o que poderia gerar alegações de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois o Ministério Público é titular privativo da ação penal pública, o CADE editou um guia interno, que possui caráter de *soft law*, o qual prevê a necessária participação do Ministério Público nos acordos de leniência firmados pela autarquia, obtendo maior segurança jurídica para o mecanismo legal².

Especificamente em relação à Administração Pública Federal, o § 10 do art. 16 da Lei n. 12.846/2013 parece ter debelado as dúvidas a respeito do ponto ora em abordagem, ao dispor que, no âmbito do Poder Executivo federal, competiria à Controladoria-Geral da União (CGU) a atribuição de celebrar acordos de leniência.

1 Nesse sentido, a crítica de PEREIRA (2016, p. 92): “Conforme outrora asseverado, causa grande intranquilidade deixar a cargo das pessoas políticas, em vez de reservar a órgãos correccionais autônomos, a prerrogativa de celebração do pacto de leniência, dada a ‘vocação natural’ dessas personalidades em se envolverem com os delitos corruptivos”.

2 Vide o guia disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf>.

Ainda a propósito das controvérsias envolvendo a competência para celebração do acordo de leniência, não se pode deixar de anotar todo o debate surgido por ocasião da regulamentação realizada pela Medida Provisória n. 703, de 2015.

No final do ano de 2015, foi editada a Medida Provisória n. 703 com o objetivo explícito de regulamentar, de modo mais detido, questões diversas envolvendo o acordo de leniência. Conforme a exposição de motivos da medida provisória:

9. Assim, em razão da urgência de se contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos é que se faz necessária a edição desta Medida Provisória, de texto análogo ao já aprovado pelo Senado Federal.

10. As inovações permitem em síntese que o acordo de leniência seja celebrado com a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, com o escopo de dar segurança jurídica às empresas celebrantes, tendo em vista os efeitos do acordo nas esferas administrativa e civil. Ou seja, o acordo de leniência celebrado com a participação de todos os atores impedirá o ajuizamento de ação por improbidade administrativa e de quaisquer outras ações cíveis contra a empresa pelo mesmo fato objeto do acordo.

A primeira alteração significativa empreendida pela medida provisória veio encartada em seu art. 1º, que emprestou nova redação ao art. 15 da Lei n. 12.846/2013, nos seguintes termos: “A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos”.

A redação original – e atualmente vigente, tendo em vista a perda de vigência da medida provisória – do dispositivo prescreve que a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica dará conhecimento ao Ministério Público da existência do procedimento administrativo de apuração apenas após o seu encerramento. É certo que a alteração veiculada na MP n. 703/2015 intentou propiciar uma participação mais ativa do Ministério Público já no início do procedimento administrativo de investigação das infrações supostamente cometidas pela pessoa jurídica. Inegavelmente, ao permitir a imediata ciência do Ministério Público sobre o procedimento administrativo de investigação das infrações de atos lesivos à Administração Pública, a referida alteração legislativa veiculou um fator de fomento à participação do *Parquet* em possíveis negociações suscitadas no decorrer das investigações.

Ainda nessa perspectiva, outra alteração relevante promovida pela Medida Provisória n. 703, de 2015, devotada especialmente a conferir maior

segurança jurídica aos interessados em celebrar o acordo, dizia respeito à participação do Ministério Público e dos órgãos de Advocacia Pública nas negociações do acordo de leniência. Embora existam relevantes entendimentos defendendo a inconstitucionalidade formal das alterações promovidas pela medida provisória (MUKAI, 2016), concentrar-se-á em debater apenas o conteúdo material dos dispositivos alterados, sobretudo à luz da Análise Econômica do Direito e do princípio da segurança jurídica.

Para melhor entendimento acerca das alterações, cumpre transcrever as disposições pertinentes da MP n. 703/2015:

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

Coerentes com o propósito de imprimir segurança jurídica e estabilidade aos acordos celebrados, os dispositivos criaram um genuíno impedimento legal, tanto para o Ministério Público quanto para as pessoas políticas celebrantes, relacionado ao ajuizamento e ao prosseguimento de ações de improbidade administrativa (art. 17 da Lei n. 8.429), ações de responsabilização por atos lesivos à Administração Pública nacional (art. 19 da Lei n. 12.846/2013) e ações cíveis em geral (ação popular, ações anulatórias, desconstitutivas etc.), inclusive para eventuais demandas judiciais passíveis de serem articuladas por legitimados concorrentes (parte final do § 12).

Do ponto de vista da segurança jurídica e da formação da boa reputação estatal que devem permear os procedimentos de negociação do acordo de leniência, afiguram-se inegáveis os ganhos proporcionados pela participação do Ministério Público, que detém constitucionalmente a atribuição para a propositura da ação penal de natureza pública, além da legitimidade para ajuizar ações de improbidade administrativa e ações cíveis destinadas à proteção de direitos de índole coletiva, inclusive o combate a danos ao erário. À medida que se traz o Ministério Público para a mesa de negociação do programa de leniência, reduzem-se os riscos inerentes ao questionamento judicial da avença. Além disso, viabiliza-se o exercício de controle prévio por parte do Ministério Público.

Parece não haver dúvida de que há uma relação de proporção inversa entre o interesse de particulares aderirem ao programa de leniência e o risco de questionamento judicial dos termos do acordo. Tanto maior será o interesse em confessar in-

frações e colaborar com as investigações quanto menor seja o risco de que terceiros ou o próprio ente celebrante se disponham a questionar judicialmente o acordo.

Adicione-se a esta equação o fato de muitas das infrações previstas na Lei Anticorrupção (art. 5º) também encontrarem uma correspondência típica na Lei de Improbidade Administrativa (LIA, arts. 9º a 11). Daí porque, não raramente, a confissão de práticas ilícitas implicará também o reconhecimento, pela pessoa jurídica infratora, de atos de improbidade administrativa, sujeitando-a às drásticas sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, bem como comprometendo as pessoas naturais eventualmente envolvidas na prática de atos ímprobos.

Nessa situação, remanesceria apenas ao órgão promovente da ação de improbidade (Ministério Público ou os órgãos/entidades públicas lesados) comprovar a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para lograr a respectiva condenação pelo ato ímprobo, na medida em que a Lei Anticorrupção adota modalidade de responsabilidade civil objetiva (art. 1º da Lei n. 12.846/2013).

Não por outra razão é que a MP n. 703/2015 buscou detalhar quais seriam os reflexos da participação do Ministério Público nos programas de leniência sobre as ações de improbidade e as ações cíveis em geral, ao dispor (§§ 11 e 12 do art. 16) sobre os efeitos judiciais no acordo de leniência celebrado.

Nesse sentido, convém destacar que a medida provisória promoveu um verdadeiro rompimento com o princípio da *indisponibilidade* que sempre permeou as ações de improbidade administrativa, nos termos da previsão inserta no § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. Ao tornar *relativamente disponível* a pretensão de aplicação das sanções por improbidade administrativa e, adicionalmente, franquear a participação nas negociações de leniência dos entes legitimados a propor a respectiva ação judicial (Ministério Público e órgãos de Advocacia Pública), criou-se um permissivo para que o acordo de leniência abrangesse a discussão sobre o destino de ações de improbidade eventualmente cabíveis em desfavor das pessoas jurídicas que tenham aderido ao programa de leniência.

Reforça essa linha de pensamento a redação que a MP n. 703/2015 deu ao art. 30 da Lei n. 12.846/2013, que passou a dispor sobre a possibilidade de o acordo de leniência incluir expressamente cláusula que contemplasse os efeitos do ajuste nas ações de improbidade administrativa. Significa dizer que o membro do *Parquet* com atribuição para promover a ação de improbidade poderia transacionar, no corpo do próprio acordo de leniência, a respeito das aplicações das sanções de improbidade em relação à pessoa jurídica, seja para negociar o cabimento de tais ou quais sanções (aspecto qualitativo da sanção), seja ainda para discutir a respeito da dosimetria das penas (aspecto quantitativo).

É mister destacar, ainda, que as alterações promovidas pela MP n. 703/2015 relacionam-se também com o *impedimento* à propositura de ações

cíveis genéricas destinadas a questionar a validade do acordo, abrangendo, inclusive, ações populares ou outras demandas passíveis de serem propostas por legitimados concorrentes. A medida provisória veiculou um impedimento legal de procedibilidade para ações de improbidade e para ações cíveis em geral, desde que o acordo de leniência fosse celebrado com a participação ativa de órgãos de Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público.

Não obstante os questionamentos atinentes à inconstitucionalidade do dispositivo (MUKAI, 2016), especificamente no tocante à vinculação de terceiros colegitimados (ex.: autores populares) não participantes do acordo, parece que a participação ativa do Ministério Público e dos órgãos de Advocacia Pública, naturalmente vocacionados ao exercício do controle de legalidade dos atos da Administração Pública, afasta qualquer pecha de inconstitucionalidade que recaia sobre o dispositivo.

Com efeito, não se pode perder de vista que o Ministério Público atua como representante dos interesses da sociedade (art. 127 c/c art. 129, II e III, da CF/88) e como responsável pela defesa e higidez da ordem jurídica (art. 127 da CF/88), donde se conclui que a sua atuação nas negociações emerge como um fator de validação das normas legais que eventualmente pretendam vincular terceiros colegitimados (ex.: autores populares) aos termos do acordo de leniência.

O colaborador não pode conviver permanentemente com o risco de questionamento judicial acerca do que foi acordado no programa de leniência, sob pena de se esvaziar a utilidade do instituto, haja vista a perpetuação do estado de incerteza sobre a estabilidade do acordo firmado com o Ministério Público e a Administração Pública, esta assessorada por seus órgãos de Advocacia Pública.

O que se está a defender é que, na negociação do programa de leniência, as institucionalidades estatais (*in casu*, Ministério Público e Advocacia Pública) gozem de liberdade de atuação, obedecidos os parâmetros legais, a fim de que possam construir e reforçar a boa reputação estatal. A participação desses órgãos agrega ao procedimento de negociação elementos de controle interno (Advocacia Pública) e externo (Ministério Público), exercidos de maneira prévia à celebração do acordo de leniência. É dizer: a introdução desses órgãos de controle como partícipes ativos no cenário de negociação diminui substancialmente o risco de questionamento judicial posterior do acordo e reforça nos colaboradores a percepção da boa reputação do Estado, além de densificar a *expectativa objetiva* de que o acordado não será descumprido.

Evidentemente que a não conversão da Medida Provisória n. 703/2015 em Lei restaurou o regime jurídico anteriormente vigente, sobrelevando notar o disposto no art. 17, § 1º, da LIA, que interdita qualquer modalidade de acordo, transação ou conciliação em ações de improbidade administrativa.

Embora a MP n. 703/2015 tenha perdido sua vigência, não se pode desconsiderar que o Ministério Público é instituição legalmente habilitada para propor ação civil por improbidade administrativa, de sorte que a previsão legal a respeito da sua não intervenção na celebração do acordo agrega mais um componente de insegurança e instabilidade à valia do ajuste de leniência, na medida em que o *Parquet* poderá intentar ação de improbidade para buscar a aplicação das sanções que não tenham sido contempladas no ajuste, além de possuir permanente interesse em perseguir a punição das pessoas naturais envolvidas.

Pereira (2016, p. 93) ainda fornece um interessante argumento em abono à participação do Ministério Público nos acordos de leniência tratados na Lei Anticorrupção:

Parece-nos, pois, evidente que a prévia oitiva do *parquet* se faz essencial na celebração dos pactos de leniência, afinal a atuação solitária da CGU pode resultar num substrato fático-probatório já averiguado. Ou seja, a CGU não tem condições de avaliar a novidade das informações oferecidas pelas pessoas jurídicas pactuantes, dado o sigilo das operações promovidas pelo Ministério Público Federal. Isto traz consequências negativas às investigações, já que, uma vez assegurados certos benefícios, não mais remanesce interesse das empresas em colaborar com novas provas.

Noutros dizeres, considerado o direito positivo atualmente vigente, o acordo de leniência não constitui uma condição negativa de procedibilidade às ações de improbidade e ações cíveis diversas, a limitar a atuação institucional do Ministério Público e dos entes políticos lesados (União, estados, Distrito Federal e municípios) no tocante à propositura de ações do art. 17 da LIA em desfavor de pessoas jurídicas envolvidas no cometimento dos ilícitos negociados no acordo de leniência. Tampouco se prestará o acordo a impedir que terceiros colegitimados se animem a propor ações judiciais destinadas a questionar o acordo em qualquer de seus aspectos.

Portanto, o fato de não se ter a participação do Ministério Público e dos órgãos de Advocacia Pública na celebração do acordo configura um fator catalisador da insegurança jurídica no manejo desse novo instrumento jurídico, a vulnerar um dos princípios balizadores da Lei Anticorrupção, a saber, a continuidade da empresa.

Se, de um lado, a independência funcional do Ministério Público revela-se como garantia necessária ao desempenho de suas funções institucionais, de outro, constitui um fator de permanente instabilidade sobre os ajustes de leniência celebrados entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas infratoras.

O aperfeiçoamento da legislação, neste particular, sobretudo para propiciar e incentivar a participação do Ministério Público na negociação, nos moldes anteriormente delineados pela MP n. 703/2015, serviria para atenuar

esses fatores de riscos, de maneira a tornar o instituto do acordo de leniência mais atrativo e seguro para as entidades jurídicas interessadas em confessar seus ilícitos lesivos à Administração Pública.

Ainda que *de lege ferenda*, parece igualmente recomendável que sejam expressamente regulamentados os reflexos do acordo de leniência em relação à atuação judicial de terceiros colegitimados à tutela coletiva dos direitos.

A aglutinação de partícipes (Ministério Público e Advocacia Pública) no seio das negociações representa não só um ganho de legitimidade no acordo de leniência, mas, sobretudo, um incremento na expectativa de que os termos do ajuste celebrado não serão objeto de questionamento por parte de terceiros. À própria autoridade pública celebrante confere-se um coeficiente mais vigoroso de segurança jurídica e de expectativa em relação ao questionamento da validade das negociações por ela entabuladas. Acautelam-se, pois, as expectativas legitimamente nutridas por todos os envolvidos no acordo de leniência, preservando a boa reputação do Estado.

É bem de ver que a proteção e a preservação do acordo firmado em bases legítimas interessam às autoridades públicas, à pessoa jurídica celebrante, à sociedade – beneficiária direta da função social da empresa – e aos próprios órgãos de controle (Ministério Público, Advocacias Públicas, Tribunal de Contas da União – TCU, órgãos de controle interno), que exercerão, legitimamente, a sua função de fiscalização de maneira preventiva, por meio da participação ativa na negociação e na celebração do acordo.

Embora não direcionada ao ponto aqui tratado, revela-se importante a advertência feita por Vianna Filho (2016, p. 240) acerca dos fatores de insegurança que circundam o instituto do acordo de leniência:

E sem tutela segura, sem confiança recíproca, nem autores de atos de ilícitos interessados em firmar pactos de leniência haverão de sensibilizar-se nem, tampouco, as autoridades se inclinirão a examinar eventuais propostas de acordo.

A consequência desse quadro, em síntese – oxalá o decurso do tempo desautorize essa impressão –, é a ineficácia ou imprestabilidade da lei, que não atingirá seus objetivos.

3 Análise Econômica do Direito, leniência e reputação

A Análise Econômica do Direito (AED) é uma disciplina relativamente nova no cenário jurídico brasileiro, embora já esteja consolidada no âmbito da *common law*. Para Posner (2013), por exemplo, haveria uma lógica econômica implícita no sistema do *common law*, em que a economia seria

a base do direito e a dogmática jurídica apenas a sua superfície, e ambas formariam um sistema coerente de indução de comportamentos eficientes na cadeia de relações sociais.

A AED busca, por meio de uma abordagem microeconômica, a resposta a uma questão positiva, relativa ao impacto das leis nos comportamentos dos indivíduos e seus reflexos para a prosperidade social, e a uma questão normativa, relacionada às vantagens das normas em termos de eficiência e aprimoramento da sociedade (GAROUPA; GINSBURG, 2012). Considerando-se, assim, a evidente ligação entre o combate à criminalidade e a maximização do bem-estar social, constata-se que se trata de matéria relevante para o estudo do Direito Penal e do direito sancionador como um todo.

Como dito, a Análise Econômica do Direito utiliza como base doutrinária o ramo da ciência econômica chamado de microeconomia, o qual pressupõe a existência de um homem racional, que realiza as suas escolhas pautadas em análises de custo-benefício³ de seus atos, atuando de modo a maximizar os proveitos por ele obtidos (COOTER; ULEN, 2010). Contudo, considerando que o ser humano nem sempre age de forma racional (ou com racionalidade limitada, tecnicamente falando), acabou surgindo um outro ramo da ciência econômica, a economia comportamental, que se caracteriza como uma disciplina que busca, a partir do emprego de alguns *insights* da psicologia, desenvolver previsões sobre as escolhas que fogem desse padrão de racionalidade estrita (VARIAN, 2012)⁴.

Dessa forma, considerando que a Análise Econômica do Direito parte da premissa microeconômica de que os agentes econômicos se comportam de forma racional, parte da doutrina denomina de AED Comportamental seu ramo de estudo fundado nas ideias oriundas da economia comportamental (TABAK, 2015).

E é percorrendo esse caminho que serão trazidos os conceitos já consolidados de uma Análise Econômica do Delito, suscitando algumas observações relevantes da economia comportamental, a fim de ilustrar como a economia pensa o comportamento criminoso e de que forma nossa legislação e jurisprudência devem se portar caso tenham como real objetivo a diminuição da prática de determinado crime, no caso deste artigo, os crimes e infrações praticados em conluio por grandes sociedades empresárias e seus agentes.

3 A ideia por trás da análise de custo-benefício é muito simples: é uma técnica para mensurar se os benefícios de uma ação são maiores que os custos (HANLEY; BARBIER, 2009).

4 Para melhor compreensão do contraponto realizado pela AED Comportamental, vide: Sunstein (1999); Jolls e Sunstein (2006); Jolls, Sunstein e Thaler (1998); Ariely (2008) e Ariely (2010).

3.1 Fundamentos de uma Análise Econômica do Delito

A teoria econômica do crime, assim como outras teorias sobre a criminalidade, precisa responder a indagações sobre quais atos devem ser tipificados como crime e em que medida estes devem ser punidos, ou seja, qual é a pena adequada para o delito. Ademais, a teoria econômica procura dar um passo adiante, buscando realizar previsões acerca do efeito das diferentes políticas criminais possíveis sobre o comportamento do agente criminoso, a fim de esclarecer qual o caminho que trará maior ganho para a sociedade (COOTER; ULEN, 2010).

Entende-se que tal raciocínio pode ser aplicado também no contexto de outros mecanismos de punição (retirando-se, claro, a possibilidade de penas privativas de liberdade), como sanções administrativas e de improbidade administrativa, por exemplo. Importante sempre entender, desse modo, que as sanções representam um custo para o infrator.

Nesse contexto, a aplicação de sanções busca dissuadir determinada prática que causa prejuízos à coletividade. O foco principal, portanto, será a capacidade dissuasória do Direito Penal e outras modalidades de direito sancionador. E, para se compreender de que modo se pode dissuadir os ilícitos, é necessário compreender como age um infrator racional.

3.1.1 O infrator racional

Uma das premissas da análise econômica é que os seres humanos são agentes racionais, que buscam maximizar o benefício marginal líquido de suas condutas. Em relação ao infrator, tal premissa não sofre alteração. Desse modo, um determinado infrator somente praticará o crime caso o benefício marginal obtido com o delito supere o custo marginal esperado deste.

Uma pessoa comete um delito quando os benefícios esperados superam os custos esperados, essa é a premissa da análise econômica. Os benefícios podem ser tanto tangíveis (o proveito pecuniário do crime) quanto intangíveis. Os custos incluem os gastos pecuniários para a prática do crime (compra de arma, munição, etc.), o custo de oportunidade do tempo gasto pelo delinquente e os custos esperados da sanção cabível (POSNER, 2013).

Em sua clássica obra, Becker (1974) definiu que o custo do crime poderia ser representado pela pena esperada multiplicada pela probabilidade de condenação. Ou seja, a pena prevista em abstrato aumenta ou diminui significativamente a sua capacidade de dissuasão quando a probabilidade de detecção e efetiva punição da conduta delituosa é majorada ou diminuída. Ademais, é preciso analisar o custo de oportunidade do criminoso, o qual somente prati-

cará o delito caso o benefício marginal líquido deste seja superior ao proveito que poderia obter com outras atividades⁵.

Trata-se de aplicação análoga à da *Primeira Lei da Demanda*, na qual as pessoas procuram menos os bens quando seus preços aumentam. Contudo, o que pode ser chamado de *Primeira Lei da Dissuasão* também enfrenta um problema comum ao mercado de consumo: a questão da elasticidade do mercado. Quando a oferta de crimes é elástica, pode-se reduzir o crime por meio do aumento de seu custo esperado (probabilidade x pena). No entanto, em uma oferta inelástica, as variáveis agregadas no modelo do crime racional são relativamente menos importantes do que outras, como o índice de desemprego, a estrutura da família, o vício em drogas, a qualidade da educação etc. (COOTER; ULEN, 2010)⁶.

O Estado pode, portanto, buscar uma diminuição dos crimes de algumas formas, por exemplo: aumentando as penas dos crimes; aumentando a probabilidade de condenação dos crimes; ou aumentando as oportunidades socioeconômicas para as atividades lícitas (COOTER; ULEN, 2010).

3.1.2 Pena vs. probabilidade

Um acentuado debate sobre a prevenção de crimes e infrações em geral se dá sobre a melhor estratégia para tanto: priorizar o aumento de penas ou realizar os investimentos e implementar os mecanismos necessários para aumentar a probabilidade de punição.

Posner (2013) afirma que se deve buscar o máximo de dissuasão com o menor custo possível para a sociedade, a fim de que se atinja uma condição ótima de prevenção dos delitos. Como aumentar a probabilidade de condenação traz implicitamente investimentos no aparato estatal (aparelhamento tecnológico das polícias, dos órgãos de persecução e controle e do judiciário; aumento do efetivo de tais órgãos; e incremento de um sistema de execução eficiente), o referido autor defende a priorização do aumento das penas em abstrato, o que não teria custo adicional algum.

Por esse raciocínio, uma pena estipulada o mais alto possível poderia ser acompanhada de uma probabilidade de condenação extremamente baixa,

5 Repare-se, contudo, que a decisão de outros agentes em cometer ou não delitos pode influenciar a decisão dos demais, devendo a política criminal levar tal fato em consideração, podendo obter melhores resultados se agir de forma a evitar a coordenação das decisões dos indivíduos. Para melhor compreensão do tema, vide Jost (2001).

6 O crime contra a ordem tributária, primordialmente aquele cometido por um agente que sequer enfrenta dificuldades econômicas em uma atividade empresária, se aproxima muito mais de um crime racionalmente executado, inserindo-se num mercado de demanda elástica. Por outro lado, um cenário de um criminoso viciado em drogas que precisa cometer crimes para sustentar o seu vício se aproxima muito mais de uma demanda inelástica, não respondendo de forma tão eficiente ao aumento do custo de praticar determinado crime.

mantendo-se o mesmo custo do crime, ou seja, obtendo-se o mesmo poder dissuasório⁷, razão pela qual o crime deveria ser combatido com o aumento das penas abstratas.

Essa posição, porém, tem alguns problemas. Em um cenário no qual penas muito altas podem infringir o ordenamento constitucional ou serem de fato inexecutáveis, os ganhos dissuasórios com o aumento da probabilidade são, em regra, proporcional e diretamente maiores do que a previsão de penas abstratas em patamar mais elevado.

Como expressado por Becker (1974, p. 11):

This approach also has an interesting interpretation of the presumed greater response to a change in the probability than in the punishment. An increase in p_j “compensated” by an equal percentage reduction in f_j would not change the expected income from an offense but could change the expected utility, because the amount of risk would change. It is easily shown that an increase in p_j would reduce the expected utility, and thus the number of offenses, more than an equal percentage increase in f_j if j has preference for risk; the increase in f_j would have the greater effect if he has aversion to risk; and they would have the same effect if he is risk neutral. The widespread generalization that offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk preferrers, at least in the relevant region of punishments.

Resumindo a ideia trazida acima, ainda que um aumento da probabilidade seja acompanhado de uma redução proporcional da pena, o efeito dissuasório seria maior do que antes, caso os agentes afetados sejam ávidos por risco. Caso estes sejam avessos ao risco, uma melhor estratégia seria o aumento da pena, em vez de um incremento na probabilidade.

Contudo, a avidez por risco é maior entre os criminosos, em média, do que em relação aos demais cidadãos. Isso porque, ao cometer um crime (principalmente de forma reiterada), o agente admite o risco de ser condenado e punido (ou então julga, acertadamente ou não, que o risco de punição é ínfimo), mas mesmo assim decide pela prática criminosa.

Por essa e outras razões, aponta-se que o aumento na probabilidade de condenação traz resultados melhores do que penas maiores⁸. Eide (1997),

7 Afirma Posner (2013, p. 352): “Si los costos del cobro de las multas se suponen iguales a cero cualquiera que sea el monto de la multa, la combinación más eficiente es una probabilidad arbitrariamente cercana a cero y una multa arbitrariamente cercana al infinito”.

8 Análise de dados empíricos na Holanda demonstraram compatibilidade com a literatura nesse sentido,

após analisar 118 estimativas empíricas, concluiu que, caso a probabilidade de condenação seja aumentada em 100%, o número de ofensas cairia em cerca de 70%. Um igual incremento na severidade da pena, entretanto, reduziria o número de crimes em apenas 40%. Tal conclusão é compatível, portanto, com a premissa de que os criminosos possuem, em regra, uma preferência pelo risco.

Ademais, a economia comportamental ajuda a compreender de que forma as pessoas têm a percepção da probabilidade de punição. Kahneman (2012) aponta em seus estudos para o chamado viés de disponibilidade. As pessoas possuiriam uma enorme dificuldade de traçar intuitivamente probabilidades e análises de risco para seus atos do dia a dia, por mais importantes e decisivos que estes possam ser. Elas recorrem, geralmente, às memórias mais recentes a elas disponíveis, ignorando a existência de um campo relevante de análise muito maior e mais complexo, traçando uma percepção bem distinta da realidade.

Dessa forma, diminuindo o campo estatisticamente relevante de análise, a decisão intuitivamente tomada leva em consideração um pequeno número de eventos que surgem na memória, fazendo com que as pessoas superestimem ou subestimem o risco real⁹.

Trazendo tal conceito para a análise do efeito do aumento da probabilidade de punição, pode-se visualizar o seguinte cenário: com penas maiores e punições efetivas menos frequentes, as pessoas possuirão muito menos notícias sobre a punição efetiva de determinado infrator. Do mesmo modo, como houve menos investimentos para o combate ao crime (necessários ao incremento da probabilidade), notícias de infrações cuja autoria não foi descoberta ou que restaram impunes serão mais frequentes. Diante do viés de disponibilidade, as pessoas, em suas análises intuitivas de risco, provavelmente subestimarão o real risco de punição, aumentando o contingente de agentes dispostos a praticar condutas criminosas.

Dessa forma, caso haja mais punições, não só se aumentará a probabilidade abstrata de punição de novos infratores, o que por si só traria maiores efeitos dissuasórios, como também haverá a possibilidade de ampla divulgação das punições aplicadas. Quando as pessoas tomarem ciência de casos concretos e frequentes de punição, provavelmente, diante do viés da disponibilidade, estimarão uma probabilidade de punição muito maior do que a realmente existente, aumentando em muito o efeito dissuasório das penas, já que a pena esperada (pena x

tendo apontado maior influência da probabilidade de detecção e punição na dissuasão de crimes do que a severidade abstrata das penas (TULDER; TORRE, 1999, p. 476).

9 Kahneman (2012) cita o exemplo de pesquisas sobre a percepção do risco de andar de avião. Pesquisas realizadas logo após um grave acidente aéreo demonstram uma percepção de risco muito maior do que o risco real e do que a percepção de risco mostrada em pesquisas realizadas em data distante de algum acidente notório.

probabilidade) será ainda maior do que a realmente existente, invertendo a análise de custo-benefício que poderia levar alguém a cometer determinada infração.

3.2 A leniência dentro de uma escolha acional

Primeiramente, antes de se adentrar nos benefícios do acordo de leniência para a sociedade, é necessário entender o que leva o infrator e o investigador a firmarem um acordo de leniência, partindo sempre do pressuposto de que estes reagem a incentivos e punições, buscando maximizar o benefício marginal de suas condutas.

Do ponto de vista do infrator, ele terá interesse em realizar o acordo de leniência caso este lhe traga uma vantagem suficiente para deixar o conluio criminoso do qual faz parte ou, ainda, caso vislumbre uma chance concreta de sofrer uma penalidade por parte dos agentes estatais, percebendo na leniência um modo de reduzir os custos da pena esperada (pena x probabilidade). Em outras palavras, a leniência deve trazer em si vantagens suficientes para que o acordo criminoso não seja mais vantajoso de ser mantido ou caso traga (numa perspectiva em que o agente vislumbre sofrer uma punição concreta) a expectativa de uma sanção menor que a pena esperada (CHEN; REY, 2013, p. 926).

Por outro lado, as agências de persecução somente possuirão interesse em celebrar o acordo caso lhes sejam oferecidas provas ou instrumentos para obtenção de novas provas que possibilitem a descoberta de crimes que, sem tal colaboração, dificilmente seriam detectados ou provados em uma ação judicial (CHEN; REY, 2013, p. 945). Nessa lógica, os avanços das investigações no tempo trazem uma pressão de tomada de decisão para os pretensos colaboradores (HINLOOPEN, 2003, p. 420), pois quanto mais fatos as autoridades descobrem na apuração em andamento, menos incentivos terão para a celebração de acordo de leniência.

Partindo desse cenário, deve-se, antes de se adentrar na questão da reputação dos agentes na celebração do acordo, desnudar quais as vantagens do ponto de vista da sociedade na celebração de um acordo de leniência.

3.2.1 O poder dissuasório da leniência

A leniência traz, sem dúvida, um benefício para o caso concreto objeto do acordo, permitindo a detecção da atividade criminosa e ilícita em curso e a efetiva punição dos infratores, cessando os efeitos deletérios da atividade ilícita e trazendo uma carga de retributividade aos agentes criminosos.

Contudo, a inserção de um sistema eficiente de acordos de leniência possui um efeito muito mais amplo, qual seja, ele traz um elevado grau dissuasório de atividades ilícitas, incorrendo na prevenção de novas infrações na sociedade.

Isso ocorre pelo fato de o acordo de leniência implicar um aumento considerável na probabilidade de punição das pessoas jurídicas e físicas envolvidas em cartéis e outros crimes econômicos, conforme se passará a demonstrar.

Chen e Rey (2013) buscam delimitar o desenho de um programa ótimo de leniência, levando em consideração seu necessário caráter dissuasório. Partindo da reforma feita no programa de leniência norte-americano em 1993 (que elevou em muito o número de detecções de cartéis em relação ao modelo anterior vigente, datado de 1978), os autores pontuam a importância de duas regras introduzidas: a anistia ao primeiro infrator que reportar a atividade ilícita e a possibilidade de essa colaboração ser iniciada mesmo após a abertura de uma investigação. Tais mudanças aumentaram o incentivo para que os infratores celebrassem os acordos, razão pela qual houve uma multiplicação dos casos celebrados pelo governo americano.

Todavia, os autores apontaram que tais incentivos devem ser analisados cuidadosamente a fim de que não representem, na realidade, um contexto favorável para o surgimento de novos cartéis, pois, em caso de detecção, bastaria ao infrator relatar os fatos às autoridades para se ver livre de qualquer pena, facilitando o início de uma colusão criminosa com outros agentes, o que foi chamado de estratégia sistemática de colusão-delação (CHEN; REY, 2013, p. 918).

Assim, o desenho ótimo do programa deve levar em consideração dois efeitos: desincentivar os conluíus entre as empresas infratoras, encorajando-as a deixar o grupo criminoso e denunciar o cartel às autoridades; e desencorajar as empresas a explorarem os programas de leniência em uma estratégia de formação sistemática de novos cartéis, com posterior denúncia destes às autoridades (CHEN; REY, 2013, p. 919).

Os autores, baseando-se na Teoria dos Jogos¹⁰, construíram modelos de leniência para testar seus efeitos nos comportamentos esperados dos infratores, tendo concluído, ao fim, que: a) a restrição dos benefícios ao primeiro colaborador não possui efeitos dissuasórios superiores a um modelo sem tal restrição sobre os cartéis usuais, porém a regra é fundamental para evitar a estratégia de formação sistemática de cartéis, o que reduziria a eficácia do programa; b) somente é almejável a celebração do acordo durante a investigação caso a chance de insucesso da apuração seja elevada na ausência das informações do colaborador (CHEN; REY, 2013, p. 932-934).

10 A Teoria dos Jogos analisa um processo de tomada de decisões sob a ótica de um jogo, no qual se deve analisar os jogadores, as estratégias de cada um deles e os ganhos ou retornos de cada jogador para cada estratégia. Assim, identificando tais elementos e supondo ser o homem um ser racional, seria possível definir qual será o comportamento que atingirá o ponto de equilíbrio do jogo, podendo-se traçar um perfil de atuação na tomada das decisões futuras (COOTER; ULEN, 2010).

Em outro trabalho, Hoang, Hüschelrath, Laitenberger e Smuda (2014, p. 16) partiram do pressuposto de que, em um oligopólio, as empresas possuem não só o incentivo para formar um cartel (tendo em vista o aumento dos lucros para os integrantes, em contraste com um cenário de ampla concorrência), mas também uma maior probabilidade de evitar o seu rompimento por um dos integrantes, estabilizando os acordos traçados.

Contudo, além de fatores internos ao cartel, fatores externos podem contribuir fundamentalmente para que tais acordos ilícitos sejam rompidos, como a detecção das atividades por uma investigação das autoridades estatais. Ademais, do ponto de vista interno, um ou mais membros do cartel podem rompê-lo caso percebam que maximizariam seus benefícios marginais líquidos se migrassem para uma postura competitiva (HOANG et al., 2014, p. 16).

Levando em consideração a introdução do acordo de leniência no sistema jurídico, tal análise de custo-benefício é diretamente afetada. Diminuindo os custos de uma punição estatal, a criação de uma situação na qual uma empresa deseje deixar o cartel se torna mais palatável, pois o custo de sua saída (e possível punição) fica muito menor. Além disso, o acordo implicará em um custo para os demais integrantes do cartel, que sofrerão as pesadas penas por seus ilícitos, dando uma vantagem competitiva ao colaborador no cenário pós-cartel (HOANG et al., 2014, p. 16).

O acordo de leniência ganha ainda mais importância dissuasória em um cenário em que os agentes persecutórios possuem recursos humanos e orçamentários limitados, insuficientes para uma apuração pormenorizada de todos os ilícitos praticados pelas empresas em conluio (HINLOOPEN, 2003, p. 416). Aliás, esse cenário não apenas é o que condiz com a realidade mundo afora, como também reflete fielmente a situação de escassez de recursos vivida no Estado brasileiro na crise econômica que perdura desde o final de 2014.

Isso porque, em um plano hipotético sem tais restrições, a leniência não teria nenhum efeito dissuasório adicional, pois a atividade persecutória eficiente e ilimitada elevaria a probabilidade de punição para 100%. Contudo, no mundo dos fatos, a detecção de sofisticados mecanismos de conluio para a prática de ilícitos contra a ordem econômica e a Administração Pública se torna muito difícil, sendo primordial a introdução de um instrumento que permita a colaboração direta dos infratores, a fim de punir os ilícitos concretos e prevenir as futuras infrações.

Desse modo, tendo em vista que, com o passar do tempo, a chance de uma detecção pelas autoridades aumenta (HINLOOPEN, 2003, p. 420), bem como cresce a chance de o cartel não se tornar mais interessante para um de seus membros, um mecanismo de leniência com reduções significativas de penas se torna um importante mecanismo de desestabilização de cartéis e outras modalidades de associação criminosa de empresas.

Ademais, há uma correlação entre um aumento da pena em abstrato e a redução significativa (se não total) das sanções para o colaborador. Isso porque, sendo o custo de uma sanção aumentado, também cresce a vantagem para o colaborador (HINLOOPEN, 2003, p. 428-429), que buscará evitar tal custo nas hipóteses já delimitadas na subseção anterior.

Ampliando o campo de aplicação dos acordos de leniência, que nos demais artigos se concentram, em regra, nos delitos cometidos contra a ordem econômica, Buccirossi e Spagnolo (2006) montaram um modelo para testar as implicações de uma política de leniência envolvendo a prática de corrupção (mas que poderia ser aplicado a qualquer esquema para desenvolvimento de ilícitos).

Os autores defendem que, a fim de aprimorar o efeito dissuasório dos programas de leniência, estes deveriam levar em consideração a possibilidade não só de anistiar o colaborador das sanções, mas também de oferecer recompensas (o que, esclarecem, certamente enfrentaria questionamentos morais e éticos na sociedade). O modelo teórico por eles delimitado demonstrou que programas moderados de leniência (que trabalham apenas com o perdão de penas) podem criar um ambiente favorável para se manter transações ilegais que não seriam viáveis sem as vantagens oferecidas pelos acordos de leniência, pois os agentes criminosos poderiam manter evidências dos crimes para exigir que os outros cumpram a sua parte, ameaçando entregar as provas em um acordo de leniência. Ao mesmo tempo, entretanto, as vantagens oferecidas pelo Estado não são grandes o suficiente para que ele de fato reporte os crimes praticados (BUCCIROSSI; SPAGNOLO, 2006, p. 1295-1296).

Por outro lado, um programa que também ofereça recompensas poderia não só aumentar o seu poder dissuasório (pois desequilibra ainda mais a relação de custo-benefício de se manter fiel ao grupo criminoso), mas também evitaria essa relação apontada no parágrafo anterior, ou seja, o risco de se usar os benefícios da leniência para perpetuar grupos de atividades ilícitas.

Por fim, Aubert, Rey e Kovacic (2006) explanam que, além dos programas de leniência que incentivem as empresas a colaborarem e romperem com o cartel, o incentivo a que pessoas físicas e empregados entreguem os ilícitos das empresas às autoridades (*whistle-blowing programs*) é um fator fundamental para a dissuasão de tal modalidade criminosa.

Nesse arranjo, as empresas em conluio deveriam não só se empenhar na observância do esquema criminoso com as demais partes, como também manter rígido controle sobre as informações detidas por seus empregados e gestores, inclusive oferecendo recompensas para que estes mantenham segredo sobre o ilícito. Sendo a recompensa oferecida pelo Estado bastante vantajosa, o custo de se manter um cartel cresceria razoavelmente, aumen-

tando as chances de detecção dos ilícitos em curso e prevenindo a prática de infrações futuras (AUBERT; REY; KOVACIC, 2006, p. 1264-1265).

O que se pode tirar de comum de todas essas abordagens teóricas acima citadas é que os programas de leniência aumentam o custo de se manter o conluio criminoso, tornando-o menos atrativo, ao mesmo tempo em que afeta de maneira direta a probabilidade de punição dos infratores, o que possui um grande efeito dissuasivo, na linha explicitada na subseção 3.1.2.

Não se pode olvidar, também, que a criação de uma reputação de eficiência das agências persecutórias possui um amplo efeito dissuasório (HINLOOPEN, 2003, p. 429), aumentando a percepção dos infratores sobre uma maior probabilidade de serem detectados, o que pode ser em muito ampliado se os casos de sucesso forem devidamente divulgados pelos agentes estatais, valendo-se do viés de disponibilidade dos seres humanos, conforme já explicitado na subseção 3.1.2.

Embora a maioria dos artigos acima referidos tratem de crimes contra a ordem econômica, o raciocínio é perfeitamente aplicável também a outras infrações, como crimes contra a Administração Pública em geral, abarcados como passíveis de acordos de leniência pela legislação brasileira.

3.2.2 A necessária transparência e segurança jurídica na leniência

Apesar das amplas vantagens de um acordo de leniência para a dissuasão de ilícitos e de sua atratividade para eventuais colaboradores, tal esquema tem como condição necessária uma boa reputação por parte dos agentes estatais responsáveis pelo acordo.

Por boa reputação entende-se, no contexto deste artigo, o cumprimento dos termos acordados com o colaborador de forma integral e transparente. Considerando a decisão de se colaborar ou não com base na teoria dos jogos, em um jogo em que há assimetria de informação (ou seja, um agente possui muito mais informações sobre determinado ponto que o outro), a construção de uma boa reputação é a única forma de se viabilizar a colaboração.

Havendo assimetria de informação, torna-se presente a figura do risco moral (*moral hazard*); em outras palavras, há o risco de que uma das partes não cumpra de fato os seus deveres acertados. Trata-se de um típico problema de agência, no qual o principal deve estabelecer mecanismos de incentivos e punições para que o agente cumpra o seu dever (POSNER, 2000). Uma forma de solucionar a existência do risco moral em uma relação continuada é a sinalização, por meio da construção de uma boa reputação, de que se pretende cumprir com as obrigações.

Essa reputação, por exemplo, é garantida durante a negociação do acordo de leniência pelo absoluto respeito ao sigilo das negociações, com o compromisso de descarte e não utilização de qualquer informação perpassada pelo colaborador, caso o acordo de leniência não seja realizado ao término do procedimento.

Outrossim, na fase pós-acordo, a reputação do agente estatal perpassa necessariamente pela concessão de todos os benefícios acordados. Ora, como a leniência será um instrumento utilizado em inúmeros casos (ou seja, trata-se de um jogo de repetição) e como a informação sobre o respeito aos acordos é difundida na sociedade, a reputação de bom cumpridor dos termos do acordo é a única maneira de sinalizar para os infratores que eles podem repassar as informações sobre as práticas criminosas que detêm ao Estado.

Em um contexto de inobservância do acordado, como o colaborador não saberá se em seu caso específico o Estado de fato cumprirá com o prometido, a possibilidade de este vir a confessar todos os crimes e a entregar seus comparsas se tornará extremamente diminuta, retirando qualquer eficácia do programa de leniência, inclusive no tocante ao seu efeito dissuasório. Isso porque o efeito dissuasório depende da probabilidade efetiva de punição. Tornando-se a leniência um programa pouco atrativo, em nada interferirá na probabilidade de punição de infratores, regressando as chances de sucesso das investigações a patamares iguais ao do tempo em que inexistia essa possibilidade.

A transparência e a segurança dos programas de leniência são acentuadas como fatores preponderantes para o sucesso de tal mecanismo na Europa (após as reformas de 2002 e 2006), sobretudo em face da maior segurança a respeito da concessão de anistia total às multas devidas pelo colaborador e sobre quais tipos de informações seriam necessários para garantir a concretização do benefício (HOANG et al., 2014, p. 18).

A incerteza acerca da recompensa devida ao colaborador também era o grande empecilho do programa de leniência nos Estados Unidos da América, o que foi superado apenas com a reforma de 1993, impulsionando em muito o número de acordos fechados e de infratores detectados e punidos. O programa passou a prever a anistia automática se um cartel fosse reportado antes da instauração de uma investigação, sem excluir a possibilidade de anistia para investigações em andamento (HINLOOPEN, 2003, p. 416). A transparência e a confiança na redução da pena são condições necessárias para a celebração do acordo (HINLOOPEN, 2003, p. 428).

Diante do exposto, em um ordenamento jurídico como o brasileiro, no qual há diversos legitimados para buscar, por meio de ações judiciais, a punição de caráter civil e administrativo das empresas infratoras, é necessário dar um caráter vinculante aos termos do acordo de leniência para os diversos legitimados estatais. A insegurança de se repassar todas as informações a um ente do Estado e,

mesmo assim, responder a uma ação judicial proposta por outro ator estatal colegitimado, na qual se pleiteia a aplicação de penas que foram anistiadas na leniência, faria ruir as políticas de leniência recentemente implementadas no Brasil, destruindo a reputação dos agentes estatais em face dos potenciais colaboradores.

Na próxima seção se discutirá, em termos jurídicos voltados para o sistema brasileiro, como se pode evitar tal risco reputacional gravíssimo. Adianta-se, contudo, que a inobservância dos termos do acordo deve ser algo extremamente excepcional, sendo defensável somente diante de manifesta e insanável ilegalidade, sob pena de ocorrência de todas as consequências já narradas acima.

4 Mecanismos jurídicos para a garantia da segurança do acordo de leniência

Como demonstrado, os termos do acordo de leniência devem ser preservados ao máximo, a fim de que todo o mecanismo de incentivos criado por tal instrumento legal não perca a sua valia diante da ausência de confiança dos infratores em, de fato, obter os benefícios pactuados.

Não se está defendendo, entretanto, a vinculação estrita e ilimitada dos colegitimados na tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas ao acordo pactuado por outro órgão público. Contudo, a superação do pacto firmado deve ser excepcional e devidamente justificada, não podendo se tornar ato corriqueiro ou de simples efetivação.

Primeiramente, para que um pedido que seja incompatível ou conflite diretamente com o acordo de leniência, em eventual ação judicial promovida por ente colegitimado, seja apreciado pelo juízo, dever-se-á, necessariamente, demonstrar as razões que acarretem a invalidade do acordo, ou seja, o autor da ação deve formular sua pretensão em juízo por meio da técnica de pedidos sucessivos: como pedido principal, articula-se a pretensão de anulação do acordo de leniência; a título sucessivo – caso procedente a anulação do acordo –, deverá formular as pretensões correspondentes à tutela do erário e da probidade administrativa.

E, como já dito, tal invalidação deve ser absolutamente excepcional. Para tanto, o autor terá que demonstrar a existência de vício insanável na origem do acordo que acarrete sua anulação (vício de competência, inobservância de formalidade legal essencial ou qualquer outra que torne o acordo inválido, de forma irremediável, perante a legislação brasileira) ou, ainda, que os benefícios acordados são manifestamente desproporcionais à gravidade dos atos ilícitos praticados ou à efetiva colaboração prestada pelos infratores, não abarcando situações limítrofes que poderiam ter sido melhor solucionadas no contexto de uma solução negociada.

Analogicamente, trazendo à baila dilema enfrentado no âmbito da tutela coletiva acerca dos termos de ajustamento de conduta (TAC), enfrenta-se a questão sobre a vinculação dos demais legitimados à propositura da ação civil pública aos termos fixados no TAC. Para garantir a segurança jurídica e incentivar os transgressores à celebração de TACs, deve-se superar a posição de que o TAC importa apenas numa garantia mínima de tutela dos direitos (MAZZILLI, 2000, 2003), passando à visão de que este traz a solução justa para o caso concreto. Desse modo, para que o mesmo ou outro legitimado ajuíze ação civil pública que pretende ampliar a tutela do direito objeto do TAC, este deverá assumir o ônus de comprovar que o TAC estava eivado de ilegalidade ou que a solução por ele apontada foi manifestamente irrazoável ou desproporcional à lesão ocorrida (GAVRONSKI, 2010, p. 403-413; RODRIGUES, 2011, p. 180-184). Segundo Gavronski (2010, p. 405), falta interesse de agir para um legitimado que ingressar com ação civil pública sem demonstrar os vícios (e a consequente nulidade) do TAC firmado pelo outro legitimado.

Desse modo, não bastará uma simples propositura de ação civil pública por parte do ente colegitimado. Este terá o ônus extra de comprovar a absoluta invalidade do acordo firmado, caso deseje ter seus demais pedidos meritórios apreciados pelo juízo. Tal fato, como demonstrado nas seções 2 e 3, é absolutamente imprescindível para preservar a segurança jurídica e a boa reputação do Estado como cumpridor dos acordos de leniência por ele firmados, sob pena de se tornar esse instrumento legal apenas mais uma previsão jurídica inefetiva.

Como já ressaltado na seção 2, tal problemática poderia ser em muito mitigada caso fosse prevista a necessária participação do Ministério Público e da Advocacia Pública nas negociações do acordo, evitando-se a adoção pelos órgãos de entendimentos contraditórios que ocasionem insegurança jurídica para o candidato a obter a leniência.

5 Conclusão

A leitura crítica da legislação brasileira acerca dos acordos de leniência bem como as contribuições da AED sobre o assunto demonstram que a segurança jurídica, a transparência e a boa reputação dos agentes estatais são requisitos essenciais para que o acordo de leniência seja de fato um instrumento efetivo e benéfico para a sociedade.

Para tanto, é necessário o aprimoramento da legislação vigente, que deve prever a obrigatória participação do Ministério Público e da Advocacia Pública nas negociações do acordo de leniência, evitando-se desentendimentos entre os órgãos que possam enfraquecer a atratividade do acordo para os infratores nele interessados.

Enquanto as alterações legislativas não vierem, devem ser adotadas interpretações que limitem ao máximo o desrespeito aos termos pactuados, como a necessidade de prévia anulação do acordo para a apreciação dos demais pedidos meritórios em ações movidas por entes colegitimados que discordem do pactuado, assim como uma análise restritiva das hipóteses em que as cláusulas podem ser de fato invalidadas.

Desse modo, conclui-se que, apesar de ser um instrumento relevante para o combate a diversos ilícitos por pessoas jurídicas, especialmente no contexto de uma macrocriminalidade organizada, a ausência de segurança jurídica pode terminar por retirar a efetividade do referido mecanismo legal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34-74.

ARIELY, Dan. *Positivamente irracional: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas*. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Nova York: HarperCollins Publishers, 2008.

AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William E. The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*, Amsterdam, n. 24, p. 1241-1266, 2006.

BECKER, Gary S. Crime and punishment. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economics of crime and punishment*. Nova York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 1-54.

BERTONCINI, Mateus E. S. N.; CAMBI, Eduardo. Três décadas da Constituição de 1988 e o desafio de se definir um novo modelo de concurso público para a seleção dos promotores de justiça do século XXI. In: SEMINÁRIO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, 2015, Paraná. *Anais...Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público; Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná*, 2017.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and ilegal transactions. *Journal of Public Economics*, Amsterdam, n. 90, p. 1281-1297, 2006.

CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. Behavioral economics: past, present, future. In: CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Orgs.). *Advances in behavioral economics*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

CHEN, Zhijun; REY, Patrick. On the design of leniency programs. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 56, p. 917-957, nov. 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EIDE, Erling. The economics of crime: main problems and some solutions. *Nordic Journal of Political Economy*, Oslo, v. 24, p. 65-77, 1997.

ENTORF, H.; WINKER, P. Investigating the drugs-crime channel in economics of crime models: empirical evidence from panel data of the German States. *International Review of Law and Economics*, Nova York, n. 28, p. 8-22, 2008.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139-157.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HANLEY, Nick; BARBIER, Edward B. *Pricing nature: cost-benefit analysis and environmental policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009.

HINLOOPEN, Jeroen. An economic analysis of leniency programs in antitrust law. *The Economist*, London, 151, n. 4, p. 415-432, 2003.

HOANG, Cung Truong; HÜSCHEL RATH, Kai; LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. Determinants of self-reporting under the european corporate leniency program. *International Review of Law and Economics*, Nova York, n. 40, p. 15-23, 2014.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through law. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 35, p. 199-241, jan. 2006.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

JOST, Peter-J. Crime, coordination, and punishment: an economic analysis. *International Review of Law and Economics*, Nova York, n. 21, p. 23-46, mar. 2001.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Shirlei; MAIOLI, Patrícia; ABATI, Leandro de Paula. Acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 153-167, jan./mar. 2014.

MUKAI, Toshio. Alterações na Lei Anticorrupção nos acordos de leniência (MP n. 703/2015). *Revista Síntese – Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 122, p. 199-222, fev. 2016.

PEDROSO, Fernando G. G. A. O acordo de leniência, da Lei Anticorrupção, como instrumento efetivo para a responsabilização administrativa e civil das pessoas místicas. *Revista Jurídica LEX*, São Paulo, n. 83, p. 382-391, 2016.

POSNER, Eric A. *Agency models in law and economics*. Chicago: The University of Chicago, 2000.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. *American Law and Economics Review*, Oxford, n. 12, p. 115-157, 1999.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 205, p. 321-346, 2015.

TULDER, Frank van; TORRE, Abraham van der. Modeling crime and the law enforcement system. *International Review of Law and Economics*, Nova York, n. 19, p. 471-486, 1999.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VIANNA FILHO, Ivan Xavier. Acordo de leniência, segurança jurídica e princípio da confiança legítima. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 223-242, jul./set. 2016.

VOLLAARD, Ben; KONING, Pierre. The effect of police on crime, disorder and victim precaution. Evidence from a Dutch victimization survey. *International Review of Law and Economics*, Nova York, n. 29, p. 336-348, dez. 2009.

**PERDA ALARGADA E INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL:
CONTRIBUIÇÕES DE PORTUGAL PARA A
PERSECUÇÃO PATRIMONIAL NO BRASIL**

**ROBERTO D’OLIVEIRA VIEIRA
TIAGO MISAEL DE JESUS MARTINS**

1 Introdução

No estudo que originou o *Proceeds of Crime Act*, o então primeiro-ministro britânico, Tony Blair, reconheceu que, “por muito tempo, nós demos pouca atenção aos aspectos financeiros do crime” (REINO UNIDO, 2000, p. 3), afirmação que é acompanhada pela observação de outras vozes na doutrina (VERVAELE, 1998). O quadro passou a ser alterado aos poucos pela crescente atenção dada à recuperação de bens e à investigação patrimonial pela sociedade internacional, que vislumbra o confisco como meio eficiente de repressão à macrocriminalidade.

Exemplos de tal tendência estão espalhados pela sociedade internacional. Ao menos três convenções tratam especificamente do tema – Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção –, mais detalhadamente da necessidade de os países reforçarem os instrumentos de apreensão de bens e implementarem medidas de cooperação internacional. No âmbito da União Europeia, cinco instrumentos destinados à implementação de um regime eficaz de recuperação de bens foram implementados: as Decisões-Quadro 2003/577/JAI, 2006/783/JAI, 2005/212/JAI e 2007/845/JAI, e a Diretiva 2014/42/UE.

Portugal não ficou alheio a este movimento. Em 2002, implantou a perda alargada e, em 2011, instituiu órgãos exclusivamente destinados à investigação financeira e administração de bens. Em 2017, nova reforma foi realizada para ampliar o alcance do instituto e a eficiência dos órgãos destinados à aplicação da perda alargada. O presente estudo aborda algumas características deste instituto e o modo como ele vem sendo aplicado na jurisprudência, além de tratar de aspectos atrelados à investigação patrimonial que a precede, permitindo analisar o estado atual da persecução patrimonial no Brasil. A matéria situa-se dentro do instigante tema da persecução patrimonial, que pode ser objeto de exame sob diversos enfoques, desde a eficiência da medida sob a Análise Econômica do Direito (BECKER, 1968) até os modelos de direito comparado (YOUNG, 2009), mas que aqui será concentrado apenas no regime vigente em Portugal e em aspectos da perda alargada e da investigação patrimonial no Brasil. O objetivo deste artigo é destacar elementos reconhecidos como essenciais do instituto da perda alargada em Portugal, permitindo o cotejo de proposta legislativa atualmente em discussão no Congresso Nacional e a identificação de instrumentos que alcancem finalidade similar à buscada com o confisco alargado, ressaltando-se, ao final, a importância da investigação patrimonial para a efetividade do novo instituto.

A conclusão do estudo representa apenas uma fração de pesquisa de mestrado em desenvolvimento na Universidade Católica de Brasília e contou com período de pesquisa de um dos autores na Universidade Católica de Lisboa, sob a coordenação do Prof. Dr. Germano Marques da Silva, e visita de estudo à Procuradoria-Geral da República de Portugal e à sede do Ministério Público no Porto¹, tendo recebido ainda o apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, da Secretaria de Cooperação Internacional e do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

2 A perda alargada em Portugal

Historicamente, a evolução no tratamento do confisco no ordenamento português é semelhante à encontrada no Brasil. No início do século XVI, o instrumento era utilizado como medida de política penal contra crimes de natureza econômica e, mais tarde, com nítido intuito arrecadatário ao direcionar-se também para os delitos de lesa-majestade e para tributações dos

1 A visita contou com a colaboração da Dra. Maria de Lurdes Lopes e da Dra. Helena Gonçalves, em Lisboa, e, no Porto, do Dr. João Conde Correia, todos membros do Ministério Público de Portugal, além do Inspetor-Chefe do Gabinete de Recuperação de Activos do Norte, Orlando Mascarenhas, e da Diretora do Gabinete de Administração de Bens, Carla Pinheiro. A pesquisa em Portugal não teria o mesmo alcance sem o auxílio dos integrantes da Secretaria de Cooperação Internacional, em especial dos Procuradores da República Vladimir Aras e Rodrigo Leite Prado e da Assessora-Chefe, Georgia Diogo, além dos professores Dr. Néfi Cordeiro e Dr. Diaulas Costa Ribeiro.

cristãos-novos (CORREIA, 2012a, posição 391). Era o período do confisco geral, em que a realização de um ilícito específico permitia a transferência de todo o patrimônio do responsável para o Estado.

A partir da influência do iluminismo, o confisco geral foi aos poucos repellido dos ordenamentos nacionais, passando a perda a restringir-se aos bens vinculados estritamente ao crime. Após as Constituições de 1826, 1838, 1911 e 1933 terem expressamente proibido o instituto, a Constituição de 1976 deixou ao legislador a tarefa de disciplinar o confisco especial do produto ou do instrumento do crime.

O confisco penal tem como ponto central os artigos 109 e 110 do Código Penal. Até 2017, o ordenamento português dividia os objetos de confisco em três: instrumentos, produtos e vantagens. Os instrumentos e produtos seriam declarados perdidos apenas se oferecessem risco à prática de novos delitos ou colocassem em risco a segurança pública², ao passo que as vantagens seriam confiscadas tão somente pela relação com o crime.

A divisão tripartite continua a existir³, mas os produtos do crime passaram a exibir tratamento similar ao das vantagens. A par da diferenciação legal entre produtos – objetos produzidos pelo crime – e vantagens – ganhos econômicos com o crime –, a redação atual do art. 110 do Código Penal atribuída pela Lei n. 30, de 30.5.2017, tornou-os igualmente confiscáveis tão somente pela origem espúria derivada do crime.

A perda de bens é tratada em outros dispositivos em Portugal, a exemplo do art. 8º do Decreto-Lei n. 28, de 1984 (infrações antieconômicas e contra a saúde pública), do art. 21 do Decreto-Lei n. 433, de 1982 (ilícito de mera ordenação social), e do art. 35 do Decreto-Lei n. 15, de 1993 (combate à droga). Em todos os diplomas, as hipóteses de perda gravitam em torno da vinculação direta com o crime imputado (CORREIA, 2014, p. 89).

O regime jurídico da perda de instrumentos, produtos e vantagens é o panorama atual do confisco clássico. A alteração profunda no regime confiscatório ocorreu em 2002 com a Lei n. 5, que instituiu a perda alargada em Portugal e a investigação patrimonial. A lei foi discutida nove dias após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e aprovada pela Assembleia da República em 31 de outubro de 2001⁴, e a transcrição dos debates não apresenta ques-

2 A legislação especial previa algumas exceções a esta exigência, a exemplo do Decreto-Lei n. 15/1993, que dispensa a periculosidade do instrumento para o confisco (RIGOR RODRIGUES, 2013a, p. 192).

3 Em verdade, a Lei n. 30/2017 acrescentou o art. 12º-B à Lei n. 5/2002 e permitiu que instrumentos utilizados para a prática de determinados crimes taxativamente previstos fossem confiscados, “ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública” (art. 12º-B).

4 A Lei n. 5 foi aprovada na Assembleia da República em 31 de outubro de 2001, promulgada em 19 de

tionamentos de grande monta⁵. O ato legislativo encontra antecedentes em dois outros documentos vinculados à repressão às drogas: na Comissão para a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga⁶, constituída em 16 de fevereiro de 1998, e na Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, em que a possibilidade de inversão do ônus da prova foi afastada por representar violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (GODINHO, 2003, p. 1319).

A despeito de tais antecedentes, o instituto do confisco alargado, reconhecido em Portugal como perda alargada, foi aprovado e implementado pela Lei n. 5/2002. Estabeleceu-se no art. 7º que,

[e]m caso de condenação pela prática de crimes referido no artigo 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

A Lei n. 5 sofreu diversas alterações ao longo de mais de quinze anos de vigência, a última pela Lei n. 45/2011, que incrementou os instrumentos e os órgãos de investigação patrimonial.

2.1 Requisitos

Exige-se para a aplicação da perda alargada a presença de três requisitos: condenação por um dos crimes relacionados no art. 1º da Lei n. 5/2002; existência de patrimônio; e incompatibilidade entre os bens e a renda declarada. A conjugação desses requisitos determina o raciocínio de que se alguém é dedicado a praticar tais modalidades criminosas – em que, em geral, são gerados lucros vultosos – e apresenta patrimônio a descoberto, tais bens ou valores decorrem de origem ilícita (GODINHO, 2003, p. 1319).

Catálogo de crimes

Originalmente, o art. 7º previa a aplicação do novo instituto para crimes tratados nos treze incisos do art. 1º, sendo eles os seguintes: tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção passiva, peculato, branqueamento de capitais, associa-

dezembro de 2001 e publicada apenas em 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.parlamento.pt>. Acesso em: 17 jul. 2017.

5 Cf. *Diário da Assembleia da República*, I, Série n. 1, 20 set. 2011, p. 23-41. A exposição de motivos da Proposta de Lei n. 94 também não apresenta argumentos mais específicos, citando apenas a previsão do instituto na Convenção de Viena de 1988 e a existência de institutos similares na França, na Itália e no Reino Unido.

6 No curso dos trabalhos, a Comissão recebeu parecer contrário à previsão de inversão do ônus da prova, posição que não foi aceita no relatório final.

ção criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores e falsificação de moedas. Após diversas alterações, a última em 2017, o rol contempla também os crimes de corrupção ativa, participação econômica em negócio, recebimento indevido de vantagem, dano relativo a programas e tráfico de pessoas⁷.

A relação original é próxima do elenco de crimes abordados nos tratados internacionais que tratam direta ou indiretamente do confisco alargado: Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e seu Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo; Convenção Internacional contra o Terrorismo; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Afora tal semelhança, a seleção atual não indica ter sido acompanhada de estudo prévio acerca das modalidades criminosas lucrativas ou que necessitem de vultosas quantias para a operacionalização de suas atividades, o que justifica a crítica de João Conde Correia sobre a ausência de inclusão de condutas reconhecidamente lucrativas, como o roubo e a extorsão⁸ ou mesmo os crimes contra a economia popular (CORREIA, 2016b, p. 69).

Apesar de certa divergência na doutrina (CAIRES, 2012, p. 462), o art. 1º, n. 2, da Lei n. 5/2002 exige que os tipos sejam realizados no contexto de uma organização criminosa apenas para os crimes tratados nas alíneas *p* a *r* – lenocínio, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados. Como registra Jorge Godinho, o legislador criou duas categorias, uma que sempre permite a aplicação do confisco e outra que demanda a conjugação com a estrutura qualificada da organização criminosa (2003, p. 1340). De igual modo, tanto a justificativa do projeto de lei à época da apresentação ao Legislativo⁹ quanto a sustentação do ministro da Justiça à época dos debates legislativos¹⁰ confirmam o tratamento bipartido da legislação.

7 Os tipos foram descritos conforme a denominação legal em Portugal.

8 “As escolhas efetuadas são, assim, insuficientes, polémicas e pouco inteligíveis, dificilmente se deixando reconduzir a um denominador comum que explicita a política e a *mens legislatoris*” (CORREIA, 2012a, posição 2218).

9 “Parte deles são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela ratio desta proposta, que não visa a pequena criminalidade”. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c315a4a53556b76644756346447397a4c33427762446b304c565a4a53556b755a47396a&fich=pp194-VIII.doc&inline=true>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

10 “A primeira proposta de lei que temos em debate estabelece um regime especial de recolha de provas e perda de bens a favor do Estado aplicável aos crimes de tráfico de droga, terrorismo, tráfico de armas, corrupção, branqueamento de capitais, associações criminosas e, ainda, quando praticados sob forma organizada, ao contrabando, tráfico de veículos, lenocínio, tráfico de menores e contrafacção de moeda”. Trecho do debate legislativo, *Diário da Assembleia da República*, I, Série n. 1, de 20 set. 2001, p. 22-41. Vide o inteiro teor da justificativa no *Diário da Assembleia da República*, II, n. 76, de 18 jul. 2001, p. 66-71.

À falta de previsão pelo legislador português, utiliza-se o conceito de organização criminosa tratado na Convenção de Palermo: grupo estruturado de três ou mais pessoas destinado a cometer infrações graves com a intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou outro benefício material (art. 2º, alínea a)¹¹.

A definição do catálogo atrai a peculiaridade de o confisco somente se aperfeiçoar com a condenação por algum desses crimes, apesar de a imputação patrimonial ocorrer à época da denúncia (GODINHO, 2003, p. 1342; CORREIA, 2012a, posição 2230). A Lei n. 5/2002 não repete textualmente a mesma disposição existente em relação a produtos, vantagens e instrumentos do crime no confisco clássico, em que se permite a declaração de perda “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz” (art. 110, n. 5, do Código Penal). Faz-se essencial, portanto, a condenação por um dos crimes inseridos no rol.

Importante registrar que a espécie de pena aplicada ou o seu montante não influenciam a eficácia ou a extensão da perda, bastando tão somente a condenação¹².

Outrossim, ainda que a exposição de motivos se refira ao reconhecimento de que tais crimes geram grandes proventos, não se exige a comprovação de que a atividade delitiva tenha gerado lucro, mesmo porque se tal condição fosse imposta, alguns crimes dificilmente permitiriam o confisco, a exemplo da constituição de organização terrorista e do terrorismo (CAIRES, 2012, p. 461)¹³. Em verdade, o critério monetário é relevante apenas para a seleção pelo legislador da conduta criminosa passível de atrair a perda alargada, isto é, o reconhecimento de que determinados crimes permitem que seus autores aufram altas somas de dinheiro, a exemplo do tráfico de drogas, ou necessitem de vultosos recursos para suas atividades, como o terrorismo.

Patrimônio

Pressuposto de ordem jurídica e lógica, a acusação deve identificar o patrimônio do réu, conceituado na Lei n. 5/2002 com base no critério econômico (CORREIA, 2012a, posição 2253): bens que estejam na titularidade do réu, ou em relação aos quais ele tenha o domínio ou algum benefício à época

11 O conceito de “criminalidade altamente organizada” previsto no art. 1º do Código de Processo Penal português não serviria a este propósito (CAIRES, 2012, p. 462 e 474).

12 O item não é objeto de consenso. Paulo Silva Marques destaca que se exigiria condenação prévia a pena de prisão, sob pena de ofensa aos princípios da adequação e proporcionalidade (MARQUES, 2012, p. 304).

13 Para críticas em relação a esse ponto: GODINHO, 2003, p. 1339.

da constituição como arguido ou posteriormente; bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; ou, por fim, bens recebidos pelo réu nos cinco anos anteriores à constituição como arguido.

Além dos bens que integram formalmente o patrimônio jurídico do acusado, a legislação pretende alcançar todos os que estejam em nome de pessoas interpostas mas cujo domínio, isto é, o exercício do poder decisório sobre o bem, deva ser atribuído ao acusado (RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, 2013, p. 228). O conceito econômico permite atribuir a propriedade ao acusado todas as vezes em que a transmissão do bem mostrar-se fictícia ou apresentar-se estranha ao modo corrente de realização de negócios jurídicos, ainda que do ponto de vista formal o negócio jurídico seja justificado (CORREIA, 2012a, posição 2256).

A legislação utiliza como referência a data da constituição do réu como arguido, tomando-se por tal “a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar” (SILVA, 2010, p. 300)¹⁴. Trata-se do suspeito constituído formalmente como tal pela polícia criminal ou autoridade judiciária, conforme disciplina dos arts. 57 a 59 do Código de Processo Penal português.

A constituição como arguido é parâmetro ainda para as outras duas hipóteses de análise do patrimônio do réu. No período de cinco anos antes da constituição, todos os bens repassados graciosamente para terceiros ou que o réu tenha recebido serão também considerados para o cotejo da compatibilidade com a renda. Embora não expressamente, a legislação embute a premissa de que todo o patrimônio foi adquirido no quinquênio anterior à constituição do condenado como arguido, salvo prova em contrário (GODINHO, 2003, p. 1320). Cabe ao réu, e não à acusação, demonstrar que determinado bem utilizado como parâmetro para a definição da incompatibilidade foi adquirido antes do início do período depurador (RIGOR RODRIGUES, 2013b, p. 236).

Por fim, à semelhança do que ocorre quanto ao lançamento tributário, o momento de análise é o do ingresso do bem na disponibilidade do arguido, em nada influenciando o saldo atual disponível ou o valor contemporâneo da propriedade. Assim, o acréscimo do patrimônio dentro do período depurador será sempre considerado, mesmo que à época da liquidação os bens já não existam em razão da má administração ou de outro evento qualquer (CORREIA, 2012a, posição 2309). Do mesmo modo, o parâmetro de aferição será o patrimônio líquido, excluindo-se do valor do bem a dívida vinculada a ele, incluindo-se, pelos mesmos motivos, todos os juros e rendimentos que o bem eventualmente tenha produzido.

14 No mesmo sentido: MOUTINHO, 2000.

A Lei n. 5/2002 não define o modo de cálculo do patrimônio incompatível, isto é, se todo o faturamento circulante na conta bancária do criminoso ou se apenas o lucro líquido obtido ao final. Assim, a legislação não afastou a possibilidade de que todos os recursos movimentados para determinado crime sejam referenciados como parâmetro para a incompatibilidade. Idêntico tratamento é registrado na legislação inglesa, em que tampouco é revelado parâmetro uniforme para a metodologia do cálculo (REES, 2015, posição 2380).

Incompatibilidade entre patrimônio e renda

O último requisito é a incompatibilidade entre o patrimônio encontrado e a renda declarada ou conhecida do réu. A incompatibilidade é aferível mediante “a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” (art. 7º, Lei n. 5/2002). Utilizam-se, para tanto, bases de dados oficiais, primordialmente a declaração fiscal do réu (RIGOR RODRIGUES, 2013b, p. 240), apresentando tal desconformidade na fase descrita no art. 8º, conforme será visto adiante.

A incompatibilidade será aferida a cada momento de ingresso de determinado bem, computando-se inclusive os juros e lucros de determinada operação de alienação ou conservação. Nas palavras de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, deve-se realizar “uma reconstituição histórica do rendimento do arguido, e consequente verificação se nesse momento se verificava o juízo de incongruência” (2013, p. 239). A valorização patrimonial de determinado bem não ingressa no cômputo, salvo se o condenado tiver se beneficiado de algum modo de tal variação.

A despeito de opinião divergente (CUNHA, 2004, p. 145), configura ônus da acusação demonstrar a incompatibilidade do patrimônio com a renda, não decorrendo de uma simples presunção de que todo o patrimônio do acusado adviria de origem criminosa.

Outros requisitos

Além dos três requisitos, encontra-se na doutrina o argumento de que o Ministério Público deveria apresentar elementos probatórios indicativos da atividade criminosa anterior praticada pelo condenado (PANZERI, 2005, p. 30). Caberia à acusação demonstrar a existência de carreira criminosa atrelada ou desenvolvida no mesmo crime a que o réu foi condenado e vincular os bens indicados na liquidação à atividade criminosa (CUNHA, 2004, p. 127).

A exigência não parece refletir a finalidade da legislação. O elemento motivador para o surgimento do instituto foi a dificuldade probatória em demonstrar a existência da carreira criminosa anterior. Além da ausência de referência no

texto da lei, a inclusão significaria impedir o efeito desejado da nova legislação e “repristinaria a prova da relação entre o crime pressuposto e o patrimônio que com este regime inovador se quis dispensar” (CORREIA, 2012a, posição 2335)¹⁵.

2.2 Rito

A perda alargada desenvolve-se fundamentalmente por meio de duas peças processuais: a liquidação ou imputação patrimonial e a defesa. A liquidação é realizada pelo Ministério Público com o auxílio do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), órgão criado para a condução da investigação financeira (RIGOR RODRIGUES, 2013a; SIMÕES, 2010). No mesmo ato da acusação ou em até trinta dias antes da primeira audiência de instrução, o Ministério Público realiza a imputação patrimonial com todos os requisitos – prática de fato típico constante do catálogo, existência de bens e patrimônio desconforme com a renda. A medida é determinada incidentalmente ao processo penal principal, conforme previsto nos arts. 8º e 12.

O ponto principal é o valor indicado na liquidação, uma vez que o réu é condenado a pagar a quantia apurada e não a perder os bens que serviram de fundamento para o cálculo. A despeito do caráter acessório da discriminação do patrimônio, ela assume relevante função, já que servirá de norte para a defesa, permitindo ao acusado comprovar a origem lícita e refutar o pedido principal formulado pelo Ministério Público (RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, 2013, p. 258).

Caso a imputação ocorra na mesma oportunidade da denúncia, a defesa deverá ser apresentada na própria contestação (n. 4 do art. 9º). O mérito da defesa deverá versar sobre a origem lícita do patrimônio, a aquisição de bens fora do período quinquenal ou a aquisição de bens com renda obtida fora deste período, como pode ser extraído do n. 3 do art. 9º da Lei n. 5/2002.

Antes mesmo da liquidação, a atual redação do art. 10¹⁶ permite o arresto de bens do réu para garantia do pagamento do valor indicado na liquidação, sendo despicienda a exigência de fundado receio de dissipação do patrimônio, conforme referência expressa do n. 3 do art. 10. Exige-se, contudo, a demonstração cumulativa de “fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime” (art. 10, n. 2). A medida poderá recair sobre todo o patrimônio, uma vez que visa garantir o valor dos

15 Compartilham o mesmo posicionamento: RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, 2013, p. 225. O tema não é pacífico e admite outros desdobramentos que fogem ao escopo deste artigo.

16 A Lei n. 30/2017 alterou o art. 10 da Lei n. 5/2002 para deixar evidente a possibilidade de arresto mesmo antes da liquidação. A Lei n. 5/2002 não tratava do momento em que poderia ser oferecido o arresto; embora pudesse parecer razoável que a cautelar antecederesse a acusação formal, registrava-se na jurisprudência decisão judicial permitindo-o apenas após o trânsito em julgado da decisão que decretou o confisco (CORREIA, 2014, p. 109).

bens injustificados e não recolher diretamente o produto ou o instrumento do crime (RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, 2013, p. 92). O arresto mantém-se até decisão final confiscatória, ou melhor, até que decorrido o prazo de dez dias para pagamento do valor a que foi condenado.

A referência ao arresto não aborda a possibilidade de alcançar bens transferidos a terceiros. Obviamente, não se está a tratar de bens sobre os quais recaiam suspeitas de origem ilícita e que integraram o cálculo da liquidação. Cuida-se de bens transferidos pelo acusado para fugir à obrigação de pagamento ao final do processo de perda, situação prevista no art. 6º, n. 1, da Diretiva 2014/42/UE. Diante do nítido intuito fraudulento, não se mostraria adequada ao ordenamento a preservação do patrimônio transferido (CORREIA, 2014, p. 108)¹⁷.

A Lei n. 5/2002 não tratava tampouco da possibilidade de notificação ou intimação de terceiro a que o patrimônio do réu eventualmente pertença, ainda que de modo dissimulado. A possibilidade de oferecer ao terceiro a oportunidade de manifestar-se era extraída do Código de Processo Penal português – art. 178, n. 7¹⁸ – e de outros diplomas especiais – art. 36-A do Decreto-Lei n. 15/1993¹⁹ e art. 60 da Lei n. 25/2008²⁰ –, o que não impedia a crítica de João Conde Correia em indicar a necessidade de módulo processual próprio para que o terceiro atingido possa deduzir sua defesa (2012a, posição 3620). O quadro foi alterado a partir da Lei n. 30/2017, que incluiu o art. 347º-A ao Código de Processo Penal português para permitir a participação do terceiro no processo.

Preenchidos os requisitos para a perda alargada, a sentença condenatória não confisca os bens indicados como incongruentes, apenas “declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado” (art. 12º, n. 1, Lei n. 5/2002). Importante deixar bem estabelecido que nenhum bem é declarado confis-

17 Em sentido contrário, defendendo que os bens de terceiros não podem ser afetados pelo arresto: MARQUES, 2012, p. 313.

18 “Art. 178. [...] n. 7 – Se os objectos apreendidos forem suscetíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao arguido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o. A autoridade judiciária prescinde do interessado quando esta não for possível.”

19 “Art. 36º-A. 1 – O terceiro que invoque a titularidade de coisas, direitos ou objectos sujeitos a apreensão ou outras medidas legalmente previstas aplicadas a arguidos por infracções previstas no presente diploma pode deduzir no processo a defesa dos seus direitos, através de requerimento em que alegue sua boa fé, indicando logo todos os elementos de prova.”

20 “Art. 60º. 1 – Se os bens apreendidos em processo penal por infracção relativa ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita se encontrarem inscritos em registo público em nome de terceiros, os titulares de tais registos são notificados para deduzirem a defesa dos seus direitos e fazerem prova sumária de sua boa fé, podendo ser-lhes de imediato restituído o bem. [...] 3 – A defesa dos direitos de terceiro que invoque a boa fé pode ser deduzida até à declaração da perda e é apresentada mediante petição dirigida ao juiz, devendo o interessado indicar logo todos os elementos de prova. 4 – A petição é autuada por apenso ao processo, e, após notificação ao Ministério Público, que deduzir oposição, o tribunal decide, realizando, para tanto, todas as diligências que considere convenientes.”

cado na sentença, a decisão reconhece a dívida de valor correspondente ao montante da incongruência e, somente após o inadimplemento, os bens do condenado são atingidos, mesmo aqueles de origem lícita.

2.3 Omissões da Lei n. 5/2002

A despeito do detalhamento da legislação vinculada à perda alargada, a Lei n. 5/2002 não trata de diversos temas importantes para o regular e transparente funcionamento do instituto.

Confisco e reparações indenizatórias

Eventual colisão entre a decisão de confisco e as pretensões reparatórias ou indenizatórias não é tratada na Lei n. 5/2002, embora João Conde Correia sustente que o caráter subsidiário do confisco confira preferência a tais pedidos (2016b, p. 57), posicionamento justificado pela referência expressa do art. 8º, n. 4, da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, do art. 14, n. 2, da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, e do art. 57, n. 3, alínea c, da Convenção contra a Corrupção (CORREIA; RIGOR RODRIGUES, 2017), além do art. 9º da Decisão-Quadro n. 2002/220/JAI, de 15 de março de 2001, que promove o estatuto da vítima no processo penal.

Em 2017, a Lei n. 30 incluiu o n. 2 ao art. 130º do Código Penal para ratificar o direito de preferência da vítima sobre o confisco, até o valor do dano.

***Standard* probatório**

Embora avance em alguns pontos, a Lei n. 5/2002 não explicita o *standard* probatório exigido para a declaração da perda, seguindo a tradição dos países da *civil law* (BALTAZAR JR., 2007). A análise da bibliografia consultada também não apresentou indicativo de solução uniforme dentro da doutrina portuguesa²¹ ou mesmo da jurisprudência. Hélio Rigor Rodrigues, por exemplo, sustenta o uso do *standard* cível, posicionamento que é correspondente com a defesa da natureza cível do instituto (2013b, p. 207).

Eficácia retroativa

A possibilidade de eficácia retroativa da Lei n. 5/2002 representa tema polêmico, mas que por conta da lenta aceitação do novo instrumento não provocou discussão proporcional à importância do tema.

21 João Conde Correia registra a dificuldade prática em admitir o uso do *standard* cível no processo criminal (2012a, posição 3852).

Como a perda alcança a variação patrimonial até cinco anos antes da constituição do réu como arguido, e a lei entrou em vigor em 2002, discutiu-se se o confisco poderia ultrapassar essa data. Assim, a perda determinada em janeiro de 2004 permitiria a avaliação do patrimônio até 2002 – apenas dois anos e não cinco – e, progressivamente, a norma entraria em vigor. Em ao menos um acórdão a eficácia da perda foi limitada à data da entrada em vigor da nova legislação. No Processo n. 0514345, a sentença condenatória e o Tribunal da Relação do Porto excluíram do cálculo da liquidação o período anterior a 11 de fevereiro de 2002, data de vigência da Lei n. 5/2002²², e reconheceram a perda apenas do lucro obtido após essa data. De todo modo, o único precedente encontrado não serve como evidência do posicionamento da jurisprudência.

Prescrição

Por fim, a Lei n. 5/2002 tampouco aborda o prazo prescricional da dívida declarada na sentença condenatória ao final do processo, omissão que foi suprida com a Lei n. 30/2017. O art. 112^o-A foi adicionado ao Código Penal para prever que o prazo prescricional no confisco clássico se regula pelo mesmo prazo de prescrição previsto para a pena ou medida de segurança concretamente aplicada. Arremata o art. 112-A, n. 2, que, “[n]os casos em que não tenha havido lugar a aplicação de pena ou medida de segurança, aplicam-se os prazos de prescrição previstos para o procedimento criminal”.

2.4 A Lei n. 5/2002 e o Tribunal Constitucional de Portugal

A introdução do novo instituto não ficou livre de críticas na doutrina portuguesa. Ao tomar como premissa a natureza penal da perda alargada, Jorge Godinho sustenta que a nova espécie de confisco é uma reação similar aos crimes de suspeita e que por tal característica acaba por violar a proibição de confisco geral e a proibição da transmissibilidade das penas (GODINHO, 2003, p. 1335). O instituto afetaria desproporcionalmente o princípio da presunção de inocência e eliminaria o direito ao silêncio do acusado ao inverter o ônus da prova e determinar a presunção de que o bem sujeito a confisco teria origem criminosa. Estar-se-ia a buscar o patrimônio do condenado a qualquer custo, em razão, principalmente, da ineficiência da persecução em demonstrar a vinculação do patrimônio injustificado com outros crimes. Nas palavras do autor,

[a] norma que prevê a presunção modifica aspectos do regime da prova, criando um “atalho” processual-probatório para o confisco, qual

22 Processo n. 0514345, Tribunal da Relação do Porto, julgado em 14.12.2005. Disponível em: <www.dgsi.pt/jtrp.nsf>. Apesar de reconhecer a limitação da irretroatividade da Lei n. 5/2002, a sentença acabou por condenar o réu pelo valor total indicado pelo Ministério Público, o que levou o Tribunal da Relação do Porto a retificar o valor do confisco.

nova auto-estrada que visa tornar obsoletas as tortuosas vias anteriormente atravessadas. (GODINHO, 2003, p. 1320).

Esse também é o posicionamento de José Manuel Damião da Cunha, para quem o mero juízo de probabilidade de que tais bens decorreriam da carreira criminosa não permite ou justifica o confisco, ainda que a medida não seja considerada de natureza penal (2002, p. 49). Nas palavras do autor,

[...] quem se queira fazer prevalecer de uma presunção, estabelecida em seu favor, tem que demonstrar os pressupostos em que se alicerça tal presunção (o grau de exigência de prova é que pode variar em função do processo e do seu fim). (CUNHA, 2004, p. 128).

Ademais, a inversão do ônus seria de contraprova quase impossível pelo condenado, impedindo-o, portanto, de livrar-se da possibilidade de perder os bens, além de o momento da apresentação da liquidação ao início do processo limitar de forma excessiva a defesa nos autos principais e acabar por influenciar o juiz, uma vez que

[o] conhecimento antecipado do valor do montante apurado poderia colocar em causa a imparcialidade do tribunal, na medida em que ele traduz um juízo de suspeita, tanto mais forte quanto o montante apurado seja elevado. (CUNHA, 2004, p. 149 e 156)²³.

A despeito das críticas, o Tribunal Constitucional de Portugal posicionou-se pela constitucionalidade do instituto em três oportunidades. Em um primeiro caso, A. foi condenado pelo crime de lenocínio e auxílio à emigração ilegal pela Vara de Competência Mista do Funchal, que determinou o perdimento dos valores obtidos com a atividade criminosa com fundamento na Lei n. 5/2002. A condenação foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o que levou o réu a recorrer ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que a nova legislação invertia o ônus da prova em desfavor da defesa, e violaria as garantias do processo criminal e o princípio da presunção de inocência. Em sucinto acórdão datado de 11 de fevereiro de 2015, o Tribunal refutou a alegação de inconstitucionalidade do n. 1 do art. 7º da Lei n. 5/2002 sob os argumentos de que a presunção legal é relativa e apenas é aplicada após a condenação no processo principal.

Novamente, em 12 de agosto de 2015, o Tribunal Constitucional foi provocado a manifestar-se sobre o tema em pronunciamento mais consistente e analítico. O recorrente havia sido condenado pelo crime de tráfico de drogas

23 Curioso notar, por fim, que os argumentos apresentados para sustentar a inconstitucionalidade do instituto aproximam-se das críticas desenvolvidas contra o Projeto de Lei n. 4.850/2016 (OLIVEIRA et al., 2015; SANTOS; SANTOS, 2015).

pelo Tribunal da Comarca de Braga, que julgou procedente, ainda, o incidente de liquidação instaurado sob o rito da Lei n. 5/2002 e declarou a perda de € 4.454,25, mantendo o arresto anteriormente decretado até o pagamento da quantia. O condenado recorreu ao Tribunal da Relação de Guimarães e, ante a manutenção da sentença, instou o Tribunal Constitucional a posicionar-se sob os argumentos de que os arts. 7º e 9º da Lei n. 5/2002 violariam o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio.

Em análise de mérito, o Tribunal reafirmou que a introdução do instituto no ordenamento decorre de compromissos internacionais assumidos pelo país e acrescentou que a perda é aplicada somente após a condenação do réu a um dos crimes do catálogo, dependendo da iniciativa probatória da acusação em demonstrar a incongruência patrimonial. No ponto, ressaltou que a medida constritiva não possui natureza penal e não gera qualquer responsabilidade penal, motivo pelo qual “nesse procedimento enxertado no processo penal não operam as normas constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio do arguido” (PORTUGAL, 2015, p. 32075). Ademais, a presunção contida no n. 1 do art. 7º da Lei n. 5/2002 apenas opera após a condenação da conduta imputada e é passível de prova em contrário; não viola a presunção de inocência, pois o confisco não trata de juízo de censura ou culpabilidade, uma vez que “o que está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade de uma atividade criminosa” (PORTUGAL, 2015, p. 32075), destacando por fim:

[...] a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. As presunções legais surgem exatamente para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada. (PORTUGAL, 2015, p. 32075).

Registrou a Corte, ainda, que o legislador português não foi excessivo na construção do raciocínio probatório para se chegar à conclusão da origem ilícita dos bens, na medida em que fixou o limite temporal de cinco anos e que os fatos passíveis de utilização pela defesa são de fácil aquisição e de conhecimento pessoal do condenado.

Por fim, a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 7º e 9º, n. 3, da Lei n. 5/2002 foi novamente analisada no Acórdão n. 476/2015, em que os

argumentos do julgamento precedente foram novamente apresentados para confirmar a validade do ato normativo.

Os sucessivos pronunciamentos firmaram posicionamento jurisprudencial acerca de questões ainda debatidas na doutrina e que ainda são objeto de críticas de inconstitucionalidade (MATOS, 2017). Como ponto principal para todas as outras análises, reconheceu o Tribunal Constitucional que a perda não possui caráter sancionatório, sendo apenas “um mecanismo civil, inserido no processo penal, de reposição de uma situação patrimonial contrária ao direito” (CORREIA, 2016a, p. 212).

3 Confisco alargado no Brasil

O ordenamento brasileiro não dispõe de instituto similar à perda alargada vigente em Portugal ou aos institutos equivalentes em outros ordenamentos²⁴. A influência da sociedade internacional por meio da previsão indireta do confisco na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção trouxe à discussão a conveniência em internalizar o instituto também no País, debate que é travado atualmente com o Projeto de Lei (PL) n. 4.850/2016. Não obstante a tramitação do projeto, vislumbra-se por órgãos do Ministério Público Federal solução que pretende exibir a mesma eficácia do confisco alargado.

3.1 Projeto de Lei n. 4.850/2016

O PL n. 4.850/2016 de iniciativa popular foi elaborado no contexto da operação Lava Jato, quando membros do Ministério Público Federal começaram a desenvolver propostas de combate à corrupção a partir da detecção de falhas e omissões da legislação e, principalmente, em decorrência de boas práticas existentes em outros países²⁵. A previsão do confisco alargado encontra-se no art. 4º do PL n. 4.850/2016, que busca inserir o art. 91-A ao Código Penal.

Atualmente, o confisco penal pode ser dividido em duas modalidades. A primeira, conceituada como clássica, é a que recai sobre os instrumentos, o produto ou o proveito do crime (art. 91, inciso II, alíneas *a* e *b*, do Código Penal). Exemplo simples de assimilar é a situação em que o réu utiliza arma, em relação à qual não possui o registro, para a prática de furto. Nesse caso, o bem será confiscado e revertido em proveito da União. O proveito do crime é o resultado que

24 Os exemplos nacionais de confisco alargado são analisados com o detalhamento necessário por dois autores no Brasil, Tiago Cintra Essado (2015) e Solon Cícero Linhares (2016).

25 Histórico extraído do *site* <www.dezmedidas.mpf.mp.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

o criminoso obteve com a ação delitiva, direta ou indiretamente, após sucessiva especificação. É o exemplo da corrupção em que o agente público que participou da ação terá a vantagem econômica revertida em favor do erário.

A segunda espécie de confisco foi introduzida pelo legislador ordinário em 2012 pela Lei n. 12.694 e é denominada de confisco por equivalência, pois a perda de bens atingirá não o resultado do crime decorrente diretamente da atividade criminosa, mas bens que proporcionalmente apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso. Eis a redação do § 1º acrescentado ao art. 91 do Código Penal:

Art. 91 – São efeitos da condenação:

[...]

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

As duas espécies não atendem a necessidade de alcançar o patrimônio a descoberto de condenados por crimes lucrativos, conforme explicado no PL n. 4.850/2016 (BRASIL, 2016, p. 76):

Nesses casos [em que se mostra impossível demonstrar a correlação entre o patrimônio e determinados crimes], sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada.

A necessidade do instituto é ainda mais premente em razão da aparente ineficácia da legislação em reprimir condutas que, a par de lucrativas, envolvem agentes públicos como coautores de condutas delituosas. O País sustenta a 69ª posição no *ranking* da Transparência Internacional (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2014), o funcionário público corrupto tem apenas 5% de chance de ser punido (ALENCAR; GICO JR., 2011) e os crimes de corrupção, prevaricação, peculato e concussão apresentam a causa de aprisionamento de apenas 0,03% da população carcerária no Brasil (BRASIL, 2010)²⁶. Eis, portanto, o contexto em que está situada a proposta de introdução do confisco alargado no País.

26 A sub-representação de crimes praticados por integrantes do estrato social mais elevado não é um fenômeno exclusivamente nacional. Edwin H. Sutherland já tinha identificado tal padrão na sociedade americana em obra de referência publicada em 1949, circunstância que o levou a desenvolver teoria sociológica específica para os crimes originalmente catalogados por ele como de colarinho branco (SUTHERLAND, 2015).

A despeito de ausência de referência expressa, a estrutura do confisco alargado aproxima-se muito do instituto equivalente em Portugal, a começar pelos requisitos exigidos. Estabelece o PL n. 4.850/2016 que são requisitos para o confisco alargado a condenação dos crimes taxativamente previstos em dezesseis incisos, a existência de patrimônio e a sua incongruência com o rendimento do condenado.

O rol de crimes é próximo às condutas relacionadas na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – corrupção ativa e passiva, peculato e crimes tipificados nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, tráfico de influência, concussão e excesso de exação qualificado pela apropriação, enriquecimento ilícito, lavagem de dinheiro, associação criminosa e organização criminosa, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo e tráfico de entorpecente.

Tal como visto na perda alargada em Portugal, o patrimônio é aferido a partir do termo referencial quinquenal, que no projeto é estipulado da data de instauração do procedimento de investigação. Outro elemento de identidade é a tentativa de identificar todos os bens sob o controle de fato do condenado, desconsiderando-se eventuais transferências gratuitas ou propriedade meramente formal em nome de pessoas interpostas. Depreende-se, ainda, que o momento de análise da incompatibilidade será o tempo do ingresso do bem no patrimônio, não recebendo esta análise qualquer influência do valor atual do bem.

O ponto de divergência recai apenas no rito. Ao contrário da perda alargada em Portugal, o PL n. 4.850/2016 remete a demonstração dos requisitos para fase posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, momento de início do contraditório. Extrai-se da leitura da justificativa do PL n. 4.850/2016 que a mudança em relação ao paradigma português tenha sido influenciada pela ótica civil da execução de sentença, pois se remete “o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença” (BRASIL, 2016, p. 77). A inversão do momento de apresentação dos requisitos certamente trará desafios para as partes, principalmente para o Ministério Público, pois a acusação teria menos dificuldade para reunir elementos de enriquecimento do condenado quando da apresentação da denúncia, possibilitando-se inclusive a tramitação conjunta entre a investigação acerca da materialidade e da autoria e a investigação patrimonial.

De modo original, prevê-se ainda prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado para que o Ministério Público formule o pedido de confisco alarga-

do, elemento temporal que permite estabilizar a situação jurídica deflagrada a partir da condenação.

A despeito dos avanços, o PL n. 4.850/2016 segue o tratamento português e não aborda diretamente temas sensíveis ao instituto, como o eventual conflito com reparações indenizatórias, o *standard* probatório exigido para a decisão de perda, a eficácia retroativa para aplicação do instituto e o prazo prescricional da dívida.

Vê-se, assim, que o projeto apresenta semelhanças com o paradigma português, circunstância que permitirá a antecipação de críticas e desafios apresentados em Portugal. As diferenças com a perda alargada, por sua vez, poderão servir de reflexão para o aperfeiçoamento da norma.

3.2 Confisco alargado nos crimes de lavagem de dinheiro

Em 2017, a 2ª e a 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal publicaram roteiro de atuação para seus membros, focado na persecução patrimonial e na administração de bens apreendidos. Sobre o tema do confisco alargado, o manual inova ao defender, com base em dispositivos da Lei de Lavagem de Dinheiro, um confisco mais amplo do que o previsto no Código Penal e com efeitos similares ao confisco alargado (BRASIL, 2017, p. 32-36).

O argumento é construído com base nas modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012 na Lei de Lavagem de Dinheiro, especificamente na análise sistemática dos seguintes dispositivos:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

[...]

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Art. 4º-A, § 10. Sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz decretará, em favor, conforme o caso, da União ou do Estado:

[...]

III- a perda dos bens não reclamados no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé.

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I- a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; [...]

O argumento desenvolvido no manual parte da redação do art. 7º, inciso I, ao enxergar que o efeito da condenação lá previsto envolve a perda (*rectius*, confisco) de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, com o crime de lavagem de dinheiro, rompendo com a divisão do Código Penal em perdimento dos instrumentos ilícitos, produtos ou proveitos (art. 91). Desse modo, seria possível haver confisco de bens não necessariamente enquadrados nas tradicionais categorias de instrumento, produto e proveito, e sim de todos aqueles “relacionados, direta ou indiretamente”, ao crime de lavagem.

Essa modalidade de confisco “mais alargado” daria ensejo ao manejo de medidas cautelares reais para sequestro ou indisponibilidade desses bens “relacionados, direta ou indiretamente”, ao crime de lavagem. Uma vez realizada tal constrição, o juiz somente liberaria total ou parcialmente bens, direitos e valores quando o investigado, réu ou terceiro comprovasse a licitude de sua origem (art. 4º, § 2º). Caso a licitude não fosse comprovada ou se esses bens não fossem reclamados em 90 dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o juiz decretaria sua perda (*rectius*, confisco) em favor da União ou dos Estados (art. 4º-A, § 10, inciso III).

Em resumo, o que o argumento apresentado no manual quer dizer é que, na hipótese de condenação por lavagem de dinheiro, os bens previamente submetidos a medida cautelar e antes controlados pelo condenado que, segundo indícios suficientes (art. 4º), sejam relacionados com a prática de tal espécie de crime (i.e., ainda que relacionados com lavagem de dinheiro que não tenha sido apurada naquele específico processo), deverão ser confiscados (art. 7º, inciso I), a menos que o interessado prove sua origem lícita (art. 4º, § 2º), em espécie de “confisco alargado de bens indiretamente relacionados com crimes de lavagem de dinheiro” (BRASIL, 2017, p. 35).

As diferenças entre o argumento construído e o instituto do confisco alargado tratado anteriormente são patentes, ainda que possam gerar efeito

semelhante ao permitir um confisco mais dilatado de bens, direitos e valores “relacionados, direta ou indiretamente”, ao crime de lavagem, na forma do art. 7º, inciso I. Como se percebe, a construção do argumento é possível, e, dada a recenticidade das modificações legislativas da Lei n. 12.683/2012 na Lei de Lavagem de Dinheiro, ele ainda não foi apreciado pelas cortes superiores. Em análise crítica, todavia, não parece convencer a justificativa de que o art. 7º, inciso I, da Lei de Lavagem de Dinheiro inaugurou um confisco mais dilatado de bens, abandonando os conceitos tradicionais de instrumento, produto e proveito do Código Penal. Os limites da linguagem do texto do art. 7º e o significado da ruptura do novo modelo de perda de bens permitem reconhecer o caminho árduo para a consolidação da interpretação dos órgãos do Ministério Público Federal na jurisprudência.

4 Investigação patrimonial

4.1 Conceito e *standards* internacionais

O instituto do confisco alargado, em Portugal e no Brasil, busca efetividade no conjunto de medidas sob atribuição dos órgãos de investigação do Estado para identificação de ativos sequestráveis cautelarmente e posteriormente passíveis de confisco final. A essas medidas de identificação de ativos aqui se chama investigação patrimonial.

De modo geral, trata-se a investigação patrimonial como uma das modalidades de investigação financeira. Como método investigativo, a investigação financeira se detém sobre os assuntos financeiros relacionados à conduta ilícita, tentando identificar e documentar, para fins de prova, o movimento de dinheiro durante o curso da atividade criminal. A relação entre a origem dos recursos e seus beneficiários, quando aquele é recebido e onde está investido ou depositado, tudo pode providenciar informações e provas sobre a atividade criminosa (FATF, 2012a, p. 3).

De acordo com os *standards* internacionais do FATF/GAFI, a investigação financeira possui os seguintes objetivos: a) identificar os produtos e proveitos do crime, rastreando ativos e iniciando o confisco cautelar mediante sequestros ou indisponibilidades²⁷; b) iniciar uma investigação sobre lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo; e c) descobrir a estrutura econômica

27 No Brasil, as chamadas “medidas cautelares reais” ou “medidas assecuratórias” no CPP são divididas pela doutrina internacional em: I) sequestro (*seizure*), também chamado de apreensão ou embargo, que envolve a tomada física da posse do bem objeto da medida; e II) restrição (*restraint*), também conhecida como bloqueio, que toma a forma de um mandado que restringe a disposição do alvo sobre o bem, sem desapossamento (BRUN et al., 2011, p. 75-76). Alguns diplomas internacionais e doutrinadores ainda usam termos como congelamento (*freezing*) e bloqueio (*blocking*), ambos englobados pelos conceitos de sequestro e restrição acima referidos.

e financeira da organização criminosa investigada, romper redes de contatos transnacionais e acumular conhecimento sobre eventuais parceiros da empreitada (FATF, 2012a, p. 6). Pelo escopo do presente artigo, será tratada apenas a investigação patrimonial para efeito de confisco.

A investigação patrimonial (ou investigação para recuperação de ativos, *asset confiscation investigation*²⁸) consiste no conjunto de medidas legais encaixadas, paralela e simultaneamente à investigação normal do crime, especificamente para identificar bens, móveis e imóveis, presentes e passados, dos alvos principais da investigação tradicional, de seus familiares e de sócios formais e informais (“laranjas” ou “testas de ferro”), com vistas a sobre esses bens recaírem as medidas constritivas cautelares que, com o trânsito em julgado condenatório, assegurem a pena de confisco (art. 91, II, CP) ou a reparação do dano (art. 91, I, CP) (MARTINS, 2016, p. 898)²⁹.

A investigação patrimonial está referida em todos os grandes tratados internacionais sobre o combate à criminalidade transnacional. A Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas³⁰ prevê que as autoridades internas tenham poderes para identificar e detectar (além de decretarem as cautelares reais) os instrumentos, produtos e proveitos do crime (além de seu equivalente – confisco pelo equivalente) para fins de confisco final (art. 5º).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo³¹, também prevê a necessidade de os Estados possuírem órgãos capazes de identificar, localizar e embargar os instrumentos, produtos e proveitos do crime (ainda que convertidos e misturados) ou seu equivalente, para efeitos de eventual confisco (art. 12). A Convenção de Palermo ainda estabelece a obrigatoriedade de os Estados cooperarem a fim

28 “La localización de activos es el proceso mediante el cual un investigador puede demostrar que una persona tiene un interés en, es propietaria de o posee un activo. El proceso de localización de activos por lo general descubre indicios de actos delictivos, otros delitos, otros delincuentes principales y personas que blanquean dinero. Los investigadores financieros deben entrenarse para reconocer y tratar estos asuntos. La finalidad principal de la localización de activos es la construcción de un perfil financiero de un sujeto y, en el caso de una conducta delictiva, rastrear los activos que pueden ser incautados, decomisados o confiscados mediante el debido proceso legal. Esto puede incluir procedimientos basados en hechos no condenatorios (anteriormente conocidos como la recuperación civil)” (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 167).

29 Ao rastrear o patrimônio criminoso, a investigação patrimonial revela o beneficiário do crime e lança luz sobre os líderes da organização criminosa e sua hierarquia, contribuindo também com o objetivo c da investigação financeira acima referido.

30 Essa convenção foi concluída em Viena em 20 de dezembro de 1988 e está em vigor internacional desde 11 de novembro de 1990. No Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

31 Essa convenção foi adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000 e está em vigor internacional desde 29 de setembro de 2003. Para o Brasil, ela entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2004 e foi promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

de combater as infrações nela previstas, inclusive na condução de investigações relativas à movimentação do produto do crime e dos bens dele provenientes e na movimentação de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados nesses crimes (art. 27), inclusive com a cessão de pessoal especializado (art. 29).

Disposições semelhantes constam da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção de Mérida (arts. 31 e 46)³². Em particular deste tratado, tem-se um capítulo inteiro sobre recuperação de ativos (arts. 51 a 59), em que se destacam atividades de inteligência financeira. De igual modo, a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo (art. 8º)³³.

Além das convenções citadas, a investigação patrimonial possui destacada importância nos padrões internacionais de recomendação do Grupo de Ação Financeira – GAFI (Financial Action Task Force – FATF). De fato, desde a revisão das recomendações, a Investigação Financeira (IF) consta como uma das técnicas fundamentais que os Estados devem colocar à disposição de seus agentes na condução de investigações sobre recuperação de ativos, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e organizações criminosas transnacionais, como parte rotineira de todas as investigações relacionadas a crimes com ganhos financeiros (FATF, 2012b, p. 8).

A Recomendação n. 4 do FATF/GAFI trata do confisco e de medidas cautelares sobre instrumentos, produtos e proveitos de crimes relacionados à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, indicando aos Estados que as autoridades de aplicação da lei tenham autoridade para identificar e rastrear tais bens, além de outras medidas investigativas apropriadas.

A Recomendação n. 30 do FATF/GAFI dispõe sobre as autoridades de investigação para lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e indica que elas devem conduzir, nos casos de crimes que geram produtos relevantes, uma investigação financeira paralela proativa, de modo que possam rapidamente identificar, rastrear e iniciar ações cautelares de bloqueio e apreensão de bens. Quando necessário, recomenda-se que os Estados empreguem grupos multidisciplinares permanentes ou temporários especializados em investigações financeiras ou patrimoniais, pois as habilidades para a realização de uma investigação patrimonial são, muitas vezes, alheias ao conhecimento rotineiro dos agentes da lei.

32 Essa convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e entrou em vigor internacional em 14 de dezembro de 2005. Para o Brasil, ela entrou em vigor na mesma data e foi promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

33 Essa convenção foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e está em vigor internacional desde 10 de abril de 2002. Para o Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto n. 5.640, de 26 de dezembro de 2005.

4.2 Imprescindibilidade da investigação patrimonial

Para possibilitar a efetividade de pena de confisco, parece evidente que o Estado não pode esperar por um provimento jurisdicional com trânsito em julgado, que condene criminosos organizados e determine o perdimento, para, só então, dedicar-se ao rastreio de bens e seu bloqueio e confisco. Como atividade econômica capitalista, o crime organizado também se estrutura de forma a que suas atividades sejam rápidas, digitais e instantâneas, como exige o comércio globalizado. Esperar o trânsito em julgado da sentença para reaver os instrumentos e produtos do crime significa contentar-se com uma sentença meramente simbólica no aspecto patrimonial (MARTINS, 2016, p. 897).

Ao invés disso, os Estados passaram a dar especial atenção a procedimentos investigatórios para identificação de ativos, em investigação patrimonial paralela à investigação tradicional, como forma de viabilizar, logo no início do processo e por meio de ações cautelares reais, a mais completa possível apreensão de bens. A coleta de informações sobre o rastro dos ativos (*collecting intelligence and evidence and asset tracing*) e o bloqueio cautelar desses bens (*securing the assets*)³⁴ constituem os primeiros passos do processo de recuperação de ativos (*process for recovery of stolen assets*)³⁵ (BRUN et al., 2011, p. 6).

Se o confisco somente se opera ao término do processo, em que seja assegurada a ampla defesa (inclusive com a possibilidade de o réu demonstrar que os bens possuem origem lícita), as medidas cautelares de bloqueio visam evitar que os referidos bens sejam dilapidados durante o curso do processo. Para se reservar bens ao eventual confisco após o trânsito em julgado e cessar de imediato o fluxo de capital que alimenta a atividade criminosa, é que se lança mão da investigação patrimonial e das medidas cautelares reais como instrumentos imprescindíveis para a asfixia do crime organizado (MARTINS, 2016, p. 898).

De fato, sem uma investigação patrimonial será, na esmagadora maioria dos casos, impossível recuperar quaisquer valores significativos. O montante global das vantagens decorrentes da prática do crime e da desconformidade do patrimônio (na posse direta ou indireta do investigado) pode escapar à malha da investigação criminal, preocupada com outras questões, gerando uma resposta do sistema de justiça incompleta e incompreensível para a comunidade (CORREIA, 2012b, p. 15).

34 Tendo por certo que ativos podem ser escondidos e movidos em curto período de tempo e que o confisco final pode levar anos para acontecer, oferecendo ao alvo amplas oportunidades de dissipar ativos, parece ser de crucial importância que medidas de sequestro ou bloqueio cautelar de bens sejam tomadas o quanto antes para assegurar ativos que possam ser objeto de confisco. Todos os esforços de confisco nada valem se, ao final, nenhum ativo estiver disponível para confisco (BRUN et al., 2011, p. 75).

35 “Los activos que estamos tratando de rastrear son cualquier cosa con un valor monetario que se derive, directa o indirectamente, de una conducta delictiva” (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 167).

A investigação patrimonial se desenvolve em paralelo e deve ser parte de uma rotina estratégica de investigação para os crimes que impliquem ganho financeiro para seu agente (vale dizer: para os crimes que geram produto e proveito).

Conquanto imprescindível para o enfrentamento da criminalidade organizada, a investigação patrimonial pode revelar-se mais dificultosa para os órgãos estatais do que o próprio crime que gerou os bens ilícitos. Isso porque ela precisa estabelecer que o patrimônio criminoso deriva direta ou indiretamente do cometimento do crime, prática ainda mais difícil quando se constata a utilização dos complexos mecanismos de lavagem de dinheiro (UNODC, 2011, p. 35).

A investigação patrimonial desloca o foco da atuação estatal da ação criminosa para a pessoa dos investigados, seus parentes e associados mais próximos, com o objetivo de identificar bens passíveis de confisco ou ressarcimento ao erário. Essa mudança de enfoque se deve ao fato de que, quanto ao crime em si, existe uma investigação tradicional em curso, mas ela não se presta – nem com objetivos nem com métodos – para identificar bens passíveis de bloqueio cautelar. Normalmente, as investigações tradicionais focam na materialidade e autoria dos atos criminosos, não estando preparadas ou interessadas no levantamento patrimonial do investigado para viabilizar efeitos extrapenais da condenação – exceto quando os bens do investigado estão imbrincados com o delito em si, como sói acontecer na lavagem de dinheiro³⁶.

A experiência jurídica de outros Estados, por vezes, atribui a responsabilidade pela investigação patrimonial a uma autoridade de natureza administrativa. A partir da instituição da perda alargada em Portugal, a função de investigação patrimonial foi atribuída a dois órgãos, o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB), instituídos pela Lei n. 45/2011. O GRA é integrado às estruturas da Polícia Judiciária e é responsável pela investigação patrimonial, competindo ao GAB a administração dos bens apreendidos.

No Brasil, em decorrência da relação simbiótica entre os atos de investigação patrimonial e os efeitos extrapenais da condenação com o processo penal (sendo tratado como efeito acessório automático à condenação, art. 91, CP), a investigação patrimonial, com vistas a instrumentalizar uma ação cautelar penal, insere-se sob atribuição dos órgãos de investigação criminal: polícias judiciárias e Ministério Público (MARTINS, 2016, p. 899) – cabendo sempre a este a legitimidade privativa para qualquer ação cautelar penal de

36 Nesse sentido, observe-se o dispositivo processual penal que trata do inquérito policial: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” (art. 4º, CPP). Portanto, a investigação tradicional pauta-se apenas pela materialidade e autoria, não se preocupando com uma investigação patrimonial que venha a revelar os bens do investigado.

natureza real, em decorrência do previsto no art. 129, inciso I, da CF para a ação penal principal³⁷.

4.3 Fases da investigação patrimonial

Os métodos encetados pelos investigadores sobre o patrimônio do alvo variam conforme o local do delito e sua natureza, oscilam também em consequência do tempo decorrido até o seu descobrimento e, naturalmente, das atividades das pessoas envolvidas.

Tão variada quanto o modelo de investigação tradicional do crime, a investigação patrimonial não é uniforme em todos os locais do mundo, em todos os estados do país ou mesmo dentro de um mesmo estado da federação. Essa investigação patrimonial congrega necessidades específicas, ritos e tempos pouco compatíveis com a investigação tradicional. O que está em causa agora é uma completa e exaustiva investigação sobre bens, normalmente realizada em vários recantos do globo com utilização de cooperação jurídica internacional. Identificar e recuperar ativos na posse do investigado ou de terceiros não é uma tarefa fácil em um mundo cada vez mais globalizado (CORREIA, 2012b, p. 199). Por isso, as investigações patrimoniais podem iniciar-se em conjunto com a investigação do delito, estender-se até após a abertura da ação penal pública pelo Ministério Público e, às vezes, ainda estar se desenvolvendo após a condenação e na fase de execução.

De modo geral, a investigação patrimonial para recuperação de ativos (*asset recovery investigation*) possui duas fases: I) a coleta de informações sobre os alvos; e II) o rastreamento patrimonial (BRUN et al., 2011, p. 41 e ss.).

Na primeira, busca-se organizar um dossiê ou formulário sobre os dados básicos dos alvos, seus familiares e associados, compreendendo os sócios formais e os sócios informais, tais como: nome completo, CPF, RG, data de nascimento, profissão, eventual participação societária e endereço; os mesmos dados em relação à esposa (e eventuais ex-esposas), aos filhos, aos avós (paternos e maternos), tios, sobrinhos; os mesmos dados em relação aos sócios formais ou informais e procuradores; números de telefones e e-mail; e fotografias de todos os alvos.

Para a reunião dessas informações, que visam dar eficácia a um efeito da sentença penal, podem os investigadores valer-se de todos os meios legais disponíveis para a investigação do tipo penal em questão, em conjunto

37 A mesma lógica pode ser transposta à investigação patrimonial encetada em paralelo a investigações de atos de improbidade administrativa, estando ela sob atribuição dos órgãos legitimados para a propositura da ação. A investigação patrimonial pode ser cível ou criminal, a depender de seu destino para instrumentalizar uma ação cautelar real cível ou penal, sendo para tanto legitimados à investigação os órgãos também legitimados para a propositura das competentes ações principais.

com o qual se darão o confisco e a reparação do dano. Em uma investigação patrimonial, pode-se lançar mão de dados obtidos com eventuais medidas cautelares probatórias, como os afastamentos do sigilo bancário, fiscal e telefônico, ou com a interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas. Os investigadores devem estar familiarizados com o maior número possível de repositórios públicos de dados (investigação em fontes de dados abertas), cujas informações estão acessíveis pela rede mundial de computadores ou por intermédio de requisição policial ou ministerial. Importantes iniciativas estão sendo tomadas por órgãos de investigação para centralizar em um corpo técnico especializado a consulta a esses bancos de dados públicos (MARTINS, 2016, p. 900-901).

Na segunda fase da investigação patrimonial, procede-se ao verdadeiro rastreamento dos bens móveis e imóveis, presentes ou passados, dos alvos identificados na fase anterior, sobre os quais recairão as medidas cautelares reais. Em verdade, somente em tese se pode falar em “segunda fase”, uma vez que ambas são interdependentes e sujeitas a retornos à medida que novos bens e pessoas são identificados. Novamente se faz a ressalva sobre a diferença de medidas adotadas para rastreamento dos bens, tendo em vista a realidade dos crimes e dos investigados. Por óbvio, o rastreamento patrimonial não será o mesmo em relação a todos os réus, em todos os lugares do país ou do mundo. Entende-se que os alvos estão inseridos em determinada economia, e eles tendem a replicar essa economia em suas operações patrimoniais lícitas e ilícitas.

Por exemplo, pode-se afirmar que o rastreamento de ativos constantes em instituições financeiras passa necessariamente – no Brasil, ao menos – por medidas judiciais de afastamento do sigilo bancário e fiscal dos investigados, bem como por análises financeiras de movimentações suspeitas realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Por sua vez, o rastreamento patrimonial de imóveis não ocorre de forma fácil, sobretudo pela estrutura das serventias extrajudiciais ainda não informatizadas, aliada a duas manobras normalmente utilizadas pelos alvos: alienar os bens sem sua averbação no registro de imóveis e usar terceiros (“laranjas”) para essas operações. Uma investigação efetiva nesse sentido depende da correta identificação de familiares e associados do alvo na fase anterior (MARTINS, 2016, p. 901).

Como se infere, cada caso determina as medidas necessárias ao seu próprio sucesso. Para o presente estudo, ressaltar a necessidade de uma investigação patrimonial para instrumentalizar as medidas cautelares reais e possibilitar um efetivo confisco ao final do processo e reparação do dano mostra-se mais importante que elencar em detalhes todos os métodos de investigação patrimonial disponíveis aos agentes públicos.

5 Conclusão

A importância da persecução patrimonial como meio de recuperação de ativos obtidos de modo criminoso e como instrumento de desmantelamento de organizações criminosas levou à expansão de modelos de confisco na sociedade internacional. O exemplo português da perda alargada incorpora boas práticas explicitadas em três tratados internacionais e outros atos de alcance regional. O instituto serviu de inspiração para a discussão do confisco alargado em nosso País por meio de projeto de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional. A par da inovação legislativa, o incremento da eficácia na repressão penal leva a que vestígios do instituto sejam encontrados também na Lei de Lavagem de Dinheiro, interpretação que ainda não encontra ressonância na jurisprudência.

A despeito de inovações no rol de hipóteses de perda de bens, cumpre não perder de vista que nenhuma norma substantiva será devidamente eficaz se não seguir acompanhada de órgãos especializados na investigação patrimonial. A maior dificuldade da investigação patrimonial não se encontra na legislação, mas na falta de cultura institucional entre os agentes por ela responsáveis. O *Roteiro de atuação – Persecução patrimonial e administração de bens*, do Ministério Público Federal, pode significar um marco neste tema no Brasil, mas o caminho para a consolidação desta nova cultura ainda é longo e árduo, principalmente quando comparado com o grau de especialização de órgãos investigativos em outros países, a exemplo do GAB e do GRA em Portugal.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Jay S. *Organized crimes in our times*. 6. ed. Burlington: Anderson Publishing, 2011.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 75-98, jun. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Standards probatórios no processo penal*. *Revista da Ajufergs/Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.4, p.161-189, 2007.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BOISTER, Neil. *An introduction to transnational criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.850/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*. Dados de dez. 2010. Disponível em: <www.portal.mj.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação – persecução patrimonial e administração de bens*. Brasília: MPF, 2017.

BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset recovery handbook: a guide for practitioners*. Washington: The World Bank, 2011. Disponível em: <https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf>.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 100, p. 453, 2013.

CAIRES, João Gouveia. O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, o re-

gime do sigilo e do registo de voz e imagem. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; SOUSA MENDES, Paulo de (Orgs.). *Direito penal económico e financeiro: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de bens apreendidos*, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/corregedoria/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf>.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada* [versão Kindle]. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012a.

_____. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2012b.

_____. Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n. 101, 392 e 476/2015. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 145, p. 207-221, jan./mar. 2016a.

_____. Recuperação de activos nos crimes contra economia popular. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 146, abr./jun. 2016b.

_____. Reflexos da Diretiva 2014/14/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra, n. 2, 2014.

CORREIA, João Conde; RIGOR RODRIGUES, Hélio. O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da autoridade tributária e aduaneira nos crimes tributários. *Revista Julgar Online*, jan. 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170123-ARTIGO-JULGAR-Confisco-e-pretens%C3%A3o-da-Autoridade-Tribut%C3%A1ria-J-Conde-Correia-e-H%C3%A9lio-R-Rodrigues.pdf>>.

COUNCIL OF EUROPE. *Criminal money flows on the Internet: methods, trends and multi-stakeholder counteraction*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/typologies/MONEYVAL%282010%299_Reptyp_full_en.pdf>.

CUNHA, José Manuel Damião da. Perda de bens a favor do Estado – arts. 7º-12 da Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. *Perda de bens a favor do Estado*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2002.

DANTAS, Joama Cristina Almeida, *Organizações criminosas e corrupção administrativa: a expressão do crime organizado endógeno (um estudo de caso no Município de Itaporanga, Estado da Paraíba)*. 2013. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

_____. Crime organizado endógeno: a manifestação de corrupção na administração pública e sem impacto no desenvolvimento. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Coords.). *Criminologias e política criminal I* [recurso eletrônico on-line] CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 208-237.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O combate aos lucros do crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n. 5/2002 de 11 de janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)—Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *Operational issues*. Financial investigations guidance. FATF Report, 2012a. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Operational%20Issues_Financial%20investigations%20Guidance.pdf>.

_____. *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*. Paris, 2012b. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>.

FINCKENAUER, James O. Problems of definition: what is organized crime? *Trends in Organized Crime*, New York, v. 8, issue 3, p. 63-83, mar. 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

GRÉGIO, Grécio Nogueira; LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. A alienação antecipada de bens no processo penal e o estado-vítima. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GODINHO, Jorge. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 1315-1363.

HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LINHARES, Solon Cícero. *Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MARQUES, Paulo Silva. O confisco ampliado no direito penal português. *Lusíada – Revista de Direito*, Lisboa, n. 10, p. 293-317, 2012.
- MARTINS, Tiago Misael de Jesus. *Investigação patrimonial para recuperação de ativos e medidas cautelares na desidratação do crime organizado*. Temas atuais do Ministério Público Federal. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MASI, Carlo Velho. O discurso político-criminal sobre o crime organizado no Brasil. *Direito e Justiça*, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014.
- MATOS, Maria José. *Perda de bens na Lei n. 5/2002: “requiem” pelo Estado de Direito*. Porto: Edições Esgotadas, 2017.
- MENEGAZ, Daniel da Silveira. *Lavagem de dinheiro: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOUTINHO, José Lobo. *Arguido e imputado no processo penal português*. Lisboa: Universidade Católica, 2000.
- OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes et al. *Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, jul. 2015. Texto para Discussão n. 179. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 23 dez. 2015.
- PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 52/2005, p. 9-52, jan./fev. 2005.
- POLASTRINI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 476/2015. Processo n. 1163-14. *Diário da República* n. 217/2015, Série II, p. 32070-32076, 5 nov. 2015.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.
- REES, Edward et al. *Blackstone’s guide to the proceeds of crime act 2002* [versão Kindle]. 5. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2015.
- REINO UNIDO. *Recovering the proceeds of crime: a performance and innovation unit report*. June, 2000. Disponível em: <webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.cabinetoffice.gov.uk/media/cabinetoffice/strategy/assets/crime.pdf>.
- RIGOR RODRIGUES, Hélio. Gabinete de Recuperação de Activos: o que é, para que serve e como atua. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 1, p. 63-87, 2013a.

_____. Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes: harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 134, p. 189-244, abr./jun. 2013b.

RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*: viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

SANTOS, Juares Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 277, dez. 2015.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. 1. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A proposta de lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra, n. 14, p. 183-192, 2010.

SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. São Paulo: Escala, 2014.

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

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Relatório da Transparência Internacional*. 2014. Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Manual europeo de investigación financiera*. Madrid, 2011. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Operational%20Issues_Financial%20investigations%20Guidance.pdf>.

UNODC. *Criminal intelligence*. Manual for analysts. New York, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Criminal_Intelligence_for_Analysts.pdf>.

VERVAELE, John A. E. Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, (1), p. 39-56, jan./mars 1998. Disponível em: <<http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/5019>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

YOUNG, Simon N. M. (Org.). *Civil forfeiture of criminal property*: legal measures for targeting the proceeds of crime. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS INVESTIGAÇÕES DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA
LUÍS CLÁUDIO SENNA CONSENTINO

1 Introdução

Em junho de 2013, o Brasil viveu um momento histórico, por muitos denominado “primavera brasileira”. Milhões de cidadãos foram às ruas nas cidades de todo o País para protestar contra as péssimas condições das áreas de saúde, educação, transportes públicos e segurança, a corrupção e o desperdício de dinheiro público em obras para a realização da Copa do Mundo de Futebol da FIFA 2014 e das Olimpíadas e Paralimpíadas Rio 2016. Parte dos protestos foi direcionada para pedidos de reformas políticas, igualdade de gênero, combate ao racismo, liberação do consumo de drogas, legalização do casamento homossexual, descriminalização do aborto, fim da impunidade dos poderosos, entre outras demandas. Aparentemente cansado de tantas iniquidades, o povo brasileiro exigia mudanças.

Os políticos viram-se atônitos com os protestos nas ruas. A ausência de lideranças nas passeatas – muitas delas terminadas em pancadaria e violência generalizada – dificultava a clara compreensão dos objetivos das reivindicações sociais. Na mesma esteira, os poucos partidos políticos que tentaram associar suas agremiações às manifestações fracassaram, pois isso não era desejado pelos populares, visto que os protestos também eram contra a política tradicional e os partidos em particular. Em síntese, o grito coletivo de “basta”

surgia espontaneamente, de pessoa a pessoa ou por intermédio das redes sociais na Internet.

A primeira impressão que se teve depois da “primavera brasileira” foi a de que pouca coisa mudou no País. Nas eleições gerais havidas em outubro do ano seguinte, a chapa presidencial Dilma Rousseff e Michel Temer foi reeleita. A maioria dos governadores de estado também obteve a recondução. No Parlamento, os deputados eleitos tinham, no geral, um perfil mais conservador do que a composição havida no período anterior¹. Contudo, algumas das decisões tomadas em razão das passeatas de junho de 2013 revelaram-se extremamente importantes nos anos que se seguiram, em especial para o combate à corrupção. Pode-se até mesmo dizer que o Brasil experimentou uma “revolução silenciosa”, que decorreu, em boa parte, da “primavera brasileira”.

Para as finalidades do presente artigo, citem-se a derrubada do Projeto de Emenda Constitucional n. 37, conhecido como PEC 37, que tinha por finalidade coibir o poder de investigação do Ministério Público; a edição da Lei n. 12.850/2013, que definiu o crime de organização criminosa e dispôs sobre novos meios de obtenção de prova; e a edição da Lei n. 12.846/2013, que ficou conhecida como Lei Anticorrupção.

2 O poder de investigação no Ministério Público

A Constituição Federal de 1988, fruto do processo de redemocratização do Brasil, trouxe, entre outras novidades, uma nova configuração ao Ministério Público. Ele se desvinculou do Poder Executivo, passando a ser considerado como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988). Além da independência funcional, assegurou-se ao Ministério Público, entre outras, as funções de promover, privativamente, a ação penal pública, bem como de requisitar informações e documentos para a instrução de procedimentos administrativos investigatórios (art. 129, I, VI e VIII, da CF/1988).

Observa-se, assim, como corolário da titularidade exclusiva da ação penal pública, que a Constituição assegurou ao Ministério Público não apenas o poder de requisitar à Polícia a instauração de inquérito policial, mas também a

1 “Apesar das manifestações de junho de 2013 – carregadas com o simbolismo de um movimento popular por renovação política e avanço nos direitos sociais – o resultado das eleições do último domingo, 5, revelou uma guinada em outra direção. Parlamentares conservadores se consolidaram como maioria na eleição da Câmara, de acordo com levantamento do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP). O aumento de militares, religiosos, ruralistas e outros segmentos mais identificados com o conservadorismo reflete, segundo o diretor do DIAP, Antônio Augusto Queiroz, esse novo status: ‘O novo Congresso é, seguramente, o mais conservador do período pós-1964’, afirma.” (SOUZA; CARAM, 2014).

capacidade de ele próprio instaurar procedimento investigatório, com o objetivo de reunir um conjunto de informações aptas à propositura da ação penal perante o Poder Judiciário. No que diz respeito ao poder de investigar diretamente infrações penais, tal providência se demonstrou bastante profícua no enfrentamento da criminalidade econômica e da corrupção, considerando a possibilidade de requisição direta de dados e procedimentos a agências fiscalizadoras de setores econômicos, como Banco Central, Receita Federal, Comissão de Valores Mobiliários etc. Demais disso, a já mencionada independência funcional se revelou de fundamental importância, considerando que a corrupção – ou melhor, a grande corrupção – está indelevelmente associada com a corrupção política². Nesse sentido, cumpre esclarecer que a Polícia Federal e as Polícias dos Estados não gozam dessa autonomia funcional, estando seus cargos submetidos ao controle dos chefes do Poder Executivo, integrados por políticos que, não raro, estão envolvidos em esquemas de corrupção, sendo frequentes os conflitos de interesse.

Ocorre, porém, que o poder de investigação direta do Ministério Público – ou seja, a faculdade de proceder a diligências investigatórias sem a necessidade do inquérito policial – foi objeto de questionamentos por determinados setores. No caso, argumentava-se que, sendo parte acusatória no processo penal, o Ministério Público não teria “isenção” para proceder a investigação, pois tenderia a reunir provas favoráveis ao seu lado. Alegava-se, assim, que a propalada isenção somente existiria no delegado de polícia, como se a atividade investigatória por esse desempenhada fosse “equidistante” das partes, quando, na verdade, o inquérito policial, assim como a investigação direta do Ministério Público, tem por finalidade reunir os dados suficientes para que este último promova a ação penal ou, se entender não haver elementos mínimos para acusação, formule pedido de arquivamento do caso.

Tais argumentos não prosperaram. Na verdade, desde o final dos anos 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando provocado sobre o tema, já reconhecia a legitimidade do Ministério Público para conduzir investigações próprias³. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Judi-

2 De acordo com Martin Eduardo Botero, “grande corrupção” é uma expressão utilizada para descrever a corrupção praticada por chefes de Estado, ministros e altos funcionários, envolvendo, em geral, grandes somas de dinheiro. Segundo, ainda, o autor, o termo “grande corrupção” foi utilizado, pela primeira vez, por Sir George Moody-Stuart, em 1997, tendo mais tarde evoluído para compreender a corrupção nos mais elevados níveis da esfera pública, em que são formuladas as políticas e regras de uma nação. Assinala, por fim, Martin Eduardo Botero que, em geral, a “grande corrupção” é sinônimo de “corrupção política” (BOTERO, 2017, no prelo).

3 “Para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido.” (STJ. HC n. 8025. 6ª Turma. Julg. 1.12.1998). Por oportuno, vale mencionar que após reiterados julgados no mesmo sentido, no início do ano 2000, foi editado o Enunciado n. 234 da súmula de jurisprudência dominante do STJ: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória

ciário brasileiro, também tem jurisprudência pacificada sobre esse assunto⁴. No Ministério Público Federal (MPF), bem como perante o órgão responsável pelo controle externo da instituição, tratou-se de regulamentar o procedimento investigatório criminal a ser observado pelos procuradores da República, evitando-se, assim, lacunas de normatização. Nesse sentido, com o fim de prevenir abusos e atribuir maior segurança jurídica ao procedimento, o Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF) editou a Resolução n. 77/2004, assim como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) – encarregado do controle externo – editou a Resolução n. 13/2006.

Nesse contexto, como “reação” ao poder investigatório do Ministério Público, surgiu a mencionada PEC 37. Por intermédio dessa iniciativa, pretendia-se emendar a Constituição Federal de 1988 para que nela constasse que a apuração de infrações penais passaria a ser “atividade privativa da polícia judiciária”. Dito de outra forma, o Ministério Público não poderia mais conduzir investigações, podendo tão somente requisitar diligências à autoridade policial, aguardando, de toda sorte, a conclusão dos trabalhos policiais para, só então, formar *opinio delicti* sobre o oferecimento ou não de ação penal.

Por trás da discussão sobre o Ministério Público poder ou não investigar, pode ser identificado o inconformismo de certos grupos a respeito da atuação cada vez mais incisiva de procuradores da República e promotores de Justiça sobre graves infrações cometidas por detentores do poder político e econômico, que, até bem pouco tempo, gozavam de um “cinturão de impunidade”⁵.

Diante disso, como já adiantado, uma das bandeiras das passeatas de junho de 2013 foi justamente a derrubada da PEC 37. Isso porque a sociedade brasileira tinha a percepção de que a aprovação da proposta resultaria negativa para as expectativas de fim da impunidade de criminosos poderosos, tendo o Congresso Nacional, em razão do forte repúdio daqueles que foram às ruas, decidido “arquivar” a PEC 37. Os anos que se seguiram descortinaram a sabedoria do povo brasileiro. Caso tivesse sido aprovada, dificilmente se teria as investigações dos grandes esquemas de corrupção que causaram lesões da

criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

4 “É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória. O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti* em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.” (STF. HC 93912. 2ª Turma. Julg. 29.11.2016).

5 Cf. SOUZA, 2011, p. 138.

ordem de centenas de milhões reais na Petrobras e em outras áreas da Administração Pública, como verificado no conhecido Caso Lava Jato⁶.

Na esteira do arquivamento da PEC 37 e do explícito reconhecimento da sociedade sobre a importância da atuação do Ministério Público na investigação da criminalidade econômica, nela incluídos os escândalos de corrupção, observou-se, nos últimos anos, a reestruturação do MPF, com o fim de melhor enfrentar os desafios da persecução ao crime organizado. Assim, tendo como prioridade o combate à corrupção, citem-se a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção, a instauração de forças-tarefas para casos específicos de corrupção e desvio de dinheiro público, o aperfeiçoamento da Secretaria de Cooperação Internacional (SCI), bem como o desenvolvimento de maior proximidade e de diálogo com outros órgãos parceiros, tanto públicos quanto da iniciativa privada, no combate à corrupção.

Com efeito, a partir de 2014, objetivando priorizar e fortalecer o combate à corrupção, o CSMPF reformulou as atribuições da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR)⁷. Esse órgão passou a ter como função tratar da corrupção em seu aspecto tanto cível quanto criminal, abrangendo os crimes praticados contra a Administração Pública e os atos de improbidade administrativa, matérias que antes eram tratadas em instâncias separadas⁸.

Assim, eleito o enfrentamento da corrupção como a prioridade número um do MPF, foi imperiosa a criação de Núcleos de Combate à Corrupção (NCCs) nas capitais dos 26 Estados da Federação e no Distrito Federal. Tais núcleos são órgãos especializados no combate aos atos de corrupção, nas esferas cível e criminal, com atuação judicial e extrajudicial, e buscam aperfeiçoar e racionalizar a persecução, com o escopo de responsabilizar criminal, administrativa e civilmente pessoas físicas e jurídicas que pratiquem atos de corrupção⁹. Em agosto de 2016, tendo em vista o sucesso da medida, o CNMP recomendou a criação de grupos de atuação especial para o enfrentamento à corrupção em todo o País, com atuação preventiva e repressiva, em matéria cível e criminal.

6 Em termos de números, até 31.8.2017, o Caso Lava Jato pedia o ressarcimento (incluindo multas) da quantia de R\$ 38,1 bilhões de reais somente na primeira instância. Até essa data foram apurados cerca de R\$ 6,4 bilhões em propinas pagas, sendo de R\$ 10,3 bilhões o valor recuperado com os acordos celebrados pelo Ministério Público Federal com pessoas físicas e jurídicas (colaboração premiada e acordos de leniência). Por fim, são R\$ 756,9 milhões em ativos repatriados e mais R\$ 3,2 bilhões em bens bloqueados. Nas instâncias judiciárias superiores, nos casos das pessoas que gozam de foro privilegiado, mais R\$ 79 milhões foram repatriados. Cf. <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: set. 2017.

7 As Câmaras de Coordenação e Revisão são os órgãos setoriais do MPF que coordenam, integram e revisam o exercício funcional dos membros da instituição e são organizadas por função ou por matéria.

8 Resolução CSMPF n. 148/2014. Observe-se que a 5ª CCR também passou a ser responsável pela homologação dos acordos de leniência firmados por procuradores da República, como visto no *Relatório de Atividades 2014/2015 da 5ª CCR* (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016).

9 Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016.

Dessa forma, reforçado no Ministério Público o combate à corrupção, as investigações começaram a dar resultados positivos, seja por revelar a complexidade do *modus operandi* das organizações criminosas, seja pela identificação e apreensão de volumes dos recursos financeiros desviados dos cofres públicos. Como dito, outra medida adotada pela instituição foi a criação de forças-tarefas para casos específicos¹⁰. A força-tarefa (FT) é uma estratégia de atuação e consiste em uma equipe de especialistas dotada de meios materiais adequados, que durante certo período de tempo coordenará esforços, quase sempre em conjunto com outros órgãos, com método e divisão de trabalho próprios, tendo por finalidade desvendar e punir crimes graves praticados por organizações criminosas (PALUDO et al., 2011, p. 28).

Além da reformulação interna e tendo em vista as dificuldades em enfrentar organizações criminosas voltadas para as práticas de corrupção, em especial quando infiltradas no aparelho estatal (PEREIRA, 2015, p. 83), revelaram-se imprescindíveis a aproximação e o diálogo constante com as demais agências responsáveis por regulamentar e fiscalizar setores estratégicos. Aqui se demonstra essencial a cada vez maior participação do MPF na valorização e efetivação da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, que é a principal rede de articulação para o arranjo e a discussão em conjunto com uma diversidade de órgãos, entidades, instituições e associações envolvidas no enfrentamento da corrupção e da criminalidade econômica¹¹.

Na mesma linha, considerando a característica da transnacionalidade do crime organizado e da lavagem de capitais provenientes da corrupção, deve-se sublinhar a atuação da já mencionada Secretaria de Cooperação Internacional (SCI). A SCI tem intensificado o auxílio a todos os procuradores da República em assuntos de cooperação judiciária e jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais, bem como no relacionamento com outros órgãos nacionais igualmente envolvidos com a cooperação internacional, como o Ministério da Justiça. Entre as funções da Secretaria está a de facilitar o acesso de autoridades estrangeiras e organismos internacionais a informações sobre procedimentos jurídicos específicos, além de manter contato com as diversas redes de cooperação. A SCI atua de forma coordenada com as diversas forças-tarefas que investigam a grande corrupção, revelando-se um instrumento imprescindível tanto na obtenção de provas quanto para o rastreamento, o bloqueio e a repatriação de ativos desviados ilicitamente por atos de corrupção (ARAS, 2016, p. 315).

10 Como exemplo de forças-tarefas criadas recentemente no âmbito do MPF, pode-se citar a já referida Lava Jato (escândalo da Petrobras), além da Greenfield (crimes nos fundos de pensão de empresas estatais) e da Zelotes (corrupção de conselheiros e empresas com o fim de obter julgamentos favoráveis na instância superior de recursos tributários).

11 Cf. <<http://enccla.camara.leg.br/>>. Acesso em: set. 2017. Vale destacar que a ENCCLA tem cumprido papel essencial para atender as recomendações advindas de órgãos internacionais no que tange ao esforço de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Outro instrumento de grande potencial, cuja utilização vem paulatinamente se ampliando no MPF, em especial no enfrentamento dos crimes transnacionais, são as equipes conjuntas de investigação (*joint investigation teams*). Trata-se de grupos que reúnem procuradores de dois ou mais países na investigação de organizações criminosas com atuação transnacional¹². Essas equipes possuem expressa previsão tanto na Convenção de Palermo quanto na Convenção de Mérida¹³. Vale destacar que uma das resoluções na Reunião da ENCCLA de 2016 foi exatamente sobre a criação de instrumentos que façam avançar a cooperação jurídica internacional, permitindo a formação de equipes conjuntas de investigação transnacional nas áreas de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro¹⁴.

Portanto, é possível observar que, a partir do legítimo protesto da sociedade, o combate à corrupção se tornou a grande prioridade do *Parquet*. Verificou-se um grande esforço do MPF em reorganizar-se, reformulando algumas de suas estruturas com o fim de atender satisfatoriamente ao desafio da persecução criminal da grande corrupção que assola o País. Por fim, cancelando todo o esforço do povo nas ruas contra a PEC 37, em maio de 2015, o Plenário do STF reconheceu a constitucionalidade das investigações conduzidas diretamente pelo Ministério Público, sem necessitar da polícia judiciária. A Corte Suprema legitimou o protagonismo dos procuradores da República e promotores de Justiça no enfrentamento da criminalidade¹⁵.

3 A Lei n. 12.850/2013 e a colaboração premiada

Conforme adiantado, em agosto de 2013 foi promulgada a Lei n. 12.850, que dispõe sobre organização criminosa e meios de obtenção de provas, além

12 Foi formada equipe dessa natureza no curso do Caso Lava Jato após se ter constatado, em razão de colaborações premiadas de dezenas de dirigentes do Grupo Odebrecht, que também funcionaram esquemas de corrupção na Argentina, Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. As investigações conjuntas das Procuradorias dos Estados latino-americanos apontaram, até agora, o envolvimento de 73 autoridades vinculadas ao pagamento de subornos, além de seis ex-presidentes, com cifras igualmente na casa de milhões de dólares (cf. <<http://www.lavajatoamericalatina.com>>).

13 Cf. o art. 19 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o art. 49 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Ao que consta, as *joint investigation teams* vêm tendo grande utilização na Europa, seja no quadro do Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL), seja na Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (EUROJUST).

14 Cf. Ação n. 9/2017: ENCCLA. *Ações de 2017*. XV Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017>.

15 “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (SV 14), praticados pelos membros dessa instituição.” (STF. RE 593.727. Plenário. Julg. 14.5.2015).

de outras providências penais e processuais. A definição legal de organização criminosa era uma demanda de longa data, intensificada depois da ratificação e promulgação, no Brasil, da já mencionada Convenção de Palermo. Segundo o art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850, considera-se como organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional¹⁶.

Com efeito, apesar do esforço há muito empreendido no sentido da criminalização de tal fenômeno, somente após os protestos de junho de 2013 essa providência foi, de fato, concretizada. Além da disposição sobre organização criminosa, a Lei n. 12.850 disciplinou técnicas de investigação e obtenção de meios de prova, destacando-se, entre elas, a colaboração premiada. Segundo o art. 4º da Lei n. 12.850, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo penal, desde que dessa colaboração advenham determinados resultados, tais como a identificação dos demais integrantes da organização criminosa, as infrações por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e das tarefas internas do grupo criminoso, a recuperação do produto das atividades delituosas etc.¹⁷

Muito embora já tivesse sido prevista, de forma tímida, em outros diplomas legais¹⁸, foi a Lei n. 12.850/2013 que regulou de maneira detalhada essa modalidade de acordo processual. A lei deixou claro que se trata de negociação entre a parte acusatória e a defesa, e que o juiz somente será responsável por verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo depois de sua celebração (SOUZA; CÂMARA; ALENCAR, 2017, p. 823). Nos anos que se seguiram à introdução, de forma pormenorizada, da colaboração premiada, ela se mostrou uma importante ferramenta para as investigações de organizações criminosas envolvidas

16 Conforme o art. 2º da Lei n. 12.850, constitui crime “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena: reclusão, de três a oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

17 Acresça-se que o instituto da colaboração premiada se insere no contexto político-criminal da justiça criminal negocial, com inspiração no *plea bargaining* dos EUA: “Instituto da *Common Law*, ele consiste em um processo de ‘negociação’ entre a acusação de um lado e o réu e seu defensor de outro, por meio do qual o Estado oferece uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão da culpa por parte do acusado. Trata-se claramente de um mecanismo cunhado em sistema pragmático e utilitarista”. (SOUZA; CÂMARA; ALENCAR, 2017, p. 827).

18 Cf. Lei n. 8.072/1990, art. 8º; Lei n. 9.034/1995, art. 6º; Lei n. 7.492/1986, art. 25, § 2º, com redação dada pela Lei n. 9.080/1995; Lei n. 8.137/1990, art. 16, com redação dada pela Lei n. 9.080/1995; Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 5º, com redação dada pela Lei n. 12.683/2012; Lei n. 9.807/1999, arts. 13 e 14; e Lei n. 11.343/2006, art. 41.

em grandes esquemas de corrupção no Brasil. Se antes vigorara a lei da *omertà*, que impedia que se chegasse até os principais responsáveis pela corrupção de milhões de dólares – considerando a natureza desse tipo de criminalidade, em geral praticada entre “quatro paredes”, sem testemunhas, sob a aparência de legalidade, notadamente em fraudulentas licitações e contratos de vultosos valores, além do poder de intimidação dos líderes da organização¹⁹ – com a utilização cada vez maior da colaboração premiada por parte do Ministério Público, essa dinâmica foi alterada. Como em um “efeito dominó”, as informações obtidas por intermédio de colaborações premiadas havidas em forças-tarefas comandadas pelo Ministério Público descobriram esquemas de corrupções entre empresários, doleiros, intermediários e políticos de alto escalão, esquemas estes que transformaram o Brasil em uma verdadeira *Cleptocracia* (GOMES, 2015).

Segundo o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850, os agentes legitimados à celebração do acordo de colaboração premiada seriam o Ministério Público e o delegado de polícia. Contudo, questiona-se se o delegado de polícia teria legitimidade processual para deduzir pretensões em juízo, entre elas a da subsunção do acordo de colaboração premiada perante o juiz da causa. Nesse sentido, a possibilidade de “representar” em juízo, pleiteando a concessão do perdão judicial ao colaborador, é objeto de crítica pela doutrina, na medida em que

Toda providência que decorre de iniciativa da autoridade policial e que repercute no processo deve passar pelos sujeitos processuais, notadamente pelo Ministério Público, já que o resultado da apuração policial dele deságua para o oferecimento ou não da denúncia. [...] Então, é de se concluir que carece de legitimidade processual o Delegado de Polícia, porque não compõe a relação processual e não tem poderes para ingressar em juízo. (FILIPPETTO; ROCHA, 2017, p. 147).

Por outro lado, vale destacar que o acordo de colaboração não é um direito subjetivo do investigado, pois compete ao Ministério Público verificar a adequação da colaboração ao caso concreto, considerando a estratégia investigativa sob o ponto de vista da obtenção e da qualidade da prova (MENDONÇA, 2013). Nessa linha, um aspecto interessante do procedimento da colaboração – e que denota preocupação na busca de uma prova de qualidade – é a imposição legal para que o colaborador, após consulta com seu advogado, renuncie ao direito ao silêncio, ao mesmo tempo em que se comprometa em dizer a verdade (cf. art. 4º, § 14, da Lei n. 13.850). Uma vez faltando com a verdade (por exemplo, omitindo fatos ou partícipes) e sendo esta descoberta por outras

19 “A aderência à *lei do silêncio* pelos integrantes da malha infratora e o temor de vingança inibem a arrecadação de inúmeras provas dentro do processo, o que sobreleva a figura do colaborador.” (FILIPPETTO; ROCHA, 2017, p. 122, grifo do original).

vias, a consequência é bastante desastrosa para o então colaborador, vale dizer, o acordo é rescindido e todas as provas obtidas permanecem válidas para fins processuais, resultado este que, decerto, desestimula a reserva mental. Dito com outras palavras, a lei criou salvaguardas para garantir a seriedade do sistema, estabelecendo que o custo para quem faltar com a verdade seja alto o suficiente para desestimular uma postura negligente e desleal do colaborador.

Conclui-se, assim, que a colaboração premiada constitui um importante e idôneo meio investigativo do Ministério Público no combate à grande corrupção, sendo uma técnica especial de investigação imprescindível para desvendar redes criminosas organizadas. Contudo, na criminalidade do colarinho branco, como é de conhecimento, muitas vezes complexas estruturas empresariais acabam sendo utilizadas como escudo para camuflar ilicitudes, dificultando sobremaneira a identificação das pessoas físicas autoras ou comandantes dos delitos. Tais circunstâncias também justificam e respaldam a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, sendo de todo recomendada a sua conjugação com o outro instrumento negocial voltado para pessoas jurídicas, qual seja, o acordo de leniência.

4 A Lei n. 12.846/2013 e o acordo de leniência

Como visto na *Introdução*, outra grande decisão legislativa decorrente da “primavera brasileira” foi a aprovação da Lei n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção. Ela dispôs sobre a responsabilidade administrativa e civil de entes morais pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira. Dois instrumentos destacam-se da citada lei. O primeiro foi a previsão de programas de *compliance* ou de conformidade por parte das empresas. Segundo o texto legal, por ocasião da imposição das sanções às empresas que praticarem atos ilícitos contra a Administração Pública, deve-se levar em consideração a existência e eficácia de mecanismos e procedimentos internos de integridade, a auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. De forma clara, a cultura do *compliance* foi positivada no Brasil pela Lei n. 12.846²⁰.

O segundo instituto foi o acordo de leniência entre o Poder Público e a empresa responsável pela prática dos atos lesivos à Administração Pública que

20 Cf. o art. 41 do Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a Lei n. 12.846: “programas de integridade” (ou programas de *compliance*), no âmbito da empresa, consistem no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Segundo, ainda, aquele artigo, este programa deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

venha a colaborar efetivamente com as investigações e que dessa colaboração resultem a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito objeto de investigação. Demais disso, o acordo ou pacto de leniência exige que a empresa seja a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar para a apuração do ilícito; que ela cesse completamente seu envolvimento na infração investigada; e que ela admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo a todos os atos processuais, até seu encerramento. A contrapartida para a empresa – ou grupo empresarial – é a isenção das sanções de publicação extraordinária da condenação e das sanções administrativas da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) e a redução de até 2/3 da multa ou a sua remissão, caso seja a primeira a firmar o acordo. Ressalte-se que, em qualquer caso, subsiste o dever de reparar integralmente o dano (SOUZA et al., 2017, p. 173).

Deve-se observar que a Lei n. 12.846 não previu o Ministério Público como parte legitimada a celebrar acordos de leniência. No texto da Lei Anticorrupção, tais acordos podem ser celebrados pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública ou pela Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle). Em revanche, os pactos de leniência não surtiriam efeitos na área criminal, como ocorre com os acordos de colaboração premiada, analisados no item anterior²¹. Nesse passo, pode-se conjecturar que a ausência de benefícios penais para pessoas físicas na leniência pode ter sido uma opção do legislador brasileiro:

Desse modo, manifesta-se a divisão normativa: na hipótese dos ilícitos abrangidos pela Lei n. 12.846/2013, benefícios incidentes sobre a responsabilização da pessoa jurídica seriam concedidos pelo acordo de leniência previsto nela própria, enquanto aqueles referidos a responsabilização penal individual das pessoas físicas devem ser obtidos por meio do acordo de colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/2013. (SOUZA et al., 2017, p. 176).

Ocorre que, na prática, tem-se verificado a realização de acordos de leniência entre procuradores da República e empresas envolvidas em atos lesivos contra a Administração Pública, sendo submetidos a homologação na 5ª CCR do

21 Na esfera da legislação anticoncorrencial, a Lei n. 12.529/2011 estabelece que o cumprimento do acordo de leniência firmado pela Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acarreta, entre outros efeitos, a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária e ordem econômica, além de outros relacionados com prática de cartel, tais como os crimes licitatórios e os crimes de associação criminosa, cometidos por integrantes da empresa colaboradora. Embora se trate de delitos submetidos a ação penal pública, não há previsão legal expressa da participação do Ministério Público. Isso levou à discussão sobre se a titularidade da ação penal por parte do Ministério Público não tornaria indispensável a sua intervenção para que o acordo possa surtir efeitos práticos na seara criminal (Cf. SOUZA et al., 2017, p. 189).

MPF, tudo em sintonia com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro²². Na verdade, as próprias empresas têm manifestado o interesse em celebrar acordos de leniência diretamente com o MPF, ainda que sem a participação dos órgãos ou entidades expressamente referidos na Lei Anticorrupção. Isso decorreria do fato de que, ao firmar acordos dessa natureza com o *Parquet* federal, comprometendo-se, entre outras obrigações, a colaborar amplamente com a apuração dos ilícitos de corrupção e demais crimes, haveria segurança jurídica no sentido de que os dirigentes da empresa não seriam criminalmente processados por causa dos fatos revelados pelo acordo. Nessa esteira, é possível que, juntamente com a celebração do acordo de leniência pela pessoa jurídica, o MPF negocie e formalize, concomitantemente, acordo de colaboração premiada com as pessoas naturais dirigentes da mesma empresa, tornando mais eficazes a atividade investigativa dos atos de corrupção, bem assim os demais benefícios previstos tanto na Lei n. 12.846 quanto na Lei n. 12.850.

Nesse sentido, a 5ª CCR editou a Orientação n. 7, de 24 de agosto de 2017, compilando os parâmetros que devem ser observados para que ela possa homologar acordos de leniência realizados por procuradores da República, nos termos da Lei n. 12.846. Dentre tais parâmetros (*Guidelines*), destacam-se: a necessidade de atribuição do membro do MPF para formalizar os acordos; a celebração prévia ou concomitante de acordo de colaboração premiada com a leniência; a assinatura de termo de confidencialidade; a atuação de mais de um procurador da República durante as negociações com a empresa interessada; a existência de cláusulas que versem sobre a demonstração do interesse público no acordo, em especial a demonstração da capacidade real de contribuição das informações para a investigação por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova; o objeto do acordo, ou seja, os fatos que serão revelados e por quem; a aptidão das informações reveladas para o desmantelamento de organização criminosa; as obrigações a serem cumpridas tanto pela empresa colaboradora quanto pelo MPF; as regras de compartilhamento de provas com outras entidades; a cooperação com autoridades estrangeiras; a alienação de ativos; a renúncia ao exercício da garantia contra a autoincriminação e do direito ao silêncio; e, ainda, as hipóteses de rescisão do acordo de leniência, com as suas consequências jurídicas.

5 Considerações finais

A legítima insatisfação da sociedade traduziu-se nas passeatas e manifestações de junho de 2013. Para além dos reclamos contra a baixa qualidade dos serviços públicos prestados à população, revelou um forte e genuíno senti-

22 Cf. art. 129, I, da CF/1988; art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985; art. 26 da Convenção de Palermo; art. 37 da Convenção de Mérida; art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil; arts. 840 e 932, III, do Código Civil; arts. 16 e 21 da Lei n. 12.846/2013; e Lei n. 13.140/2015.

mento anticorrupção do brasileiro, que, ao exigir mudanças, culminou por criar um ambiente favorável para o surgimento de instrumentos legais mais efetivos para investigar e punir atos de corrupção, aumentando, com isso, o arsenal de meios lícitos de obtenção de prova dos órgãos de persecução penal.

A partir de 2014, com o eclodir de grandes escândalos de corrupção envolvendo políticos e empresários poderosos – dos quais o Caso Lava Jato é o mais emblemático –, as instituições encarregadas da investigação dos atos de corrupção foram postas à prova, sendo desafiadas na sua eficiência, quase que diariamente, por forças políticas dominantes. Contudo, considerando a espantosa gravidade dos crimes revelados, conjugada com a velocidade com que as notícias eram divulgadas, o apoio popular às investigações foi massivo.

Por outro lado, no mundo globalizado das sociedades pós-industriais, o fenômeno da moderna delinquência econômica, por ser típico da criminalidade organizada, em razão de suas características próprias (SILVA, 2014, p. 11-14 e p. 33)²³ e diante da conhecida insuficiência dos métodos tradicionais, necessita de meios e técnicas especiais de investigação para ser desbaratado com eficiência. Ao se levar em conta algumas características típicas desse tipo de criminalidade, em especial a lei do silêncio e a “cultura da supressão de prova”, é certo que os órgãos de persecução penal encontrariam grandes dificuldades caso não dispusessem de novos instrumentos tais como a colaboração premiada e o acordo de leniência.

A justiça penal clássica, de modelo conflitivo, baseada na obrigatoriedade da ação penal, parece não ser capaz de dar uma resposta adequada, de modo a resguardar o interesse público e desincentivar a reiteração criminosa, em especial quando se trata de crimes que compõem o Direito Penal Econômico (*Droit Pénal des Affaires*). Com isso, como demonstra a experiência de outros países, a justiça penal negocial (ou consensual) decerto se revela uma alternativa que busca ser mais funcional em termos de resultados e de prevenção ao crime, possibilitando até mesmo, de modo prospectivo, conformar à lei determinados comportamentos empresariais desviantes.

Em síntese, é possível dizer que a atuação eficaz do MPF passa necessariamente pela utilização responsável dos instrumentos da investigação direta, da colaboração premiada e da leniência por parte dos órgãos legitimados, revelando-se imprescindível um novo olhar sobre as formas de prevenir e punir a corrupção no Brasil.

23 Segundo o autor, as principais características do crime organizado (embora sejam variáveis no tempo e no espaço) são: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente; d) alto poder de intimidação, pela prevalência da lei do silêncio (*omertà* das organizações mafiosas), com emprego de meios cruéis; e) conexões locais e internacionais e divisão de territórios para atuação; f) estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade; g) cultura de supressão das provas.

ARAS, Vladimir. Direito probatório e cooperação jurídica internacional. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BOTERO, Martin Eduardo. *Manual para la lucha contra la corrupción*, 2017. No prelo.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina (Orgs.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Tomo II. Brasília: ESMPU, 2016.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada*. Contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOMES, Luiz Flavio. *Corrupção e cleptocracia: o Brasil governado por ladrões*. 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/187751860/corrupcao-e-cleptocracia-o-brasil-governado-por-ladros>>. Acesso em: set. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, 2013. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/atos-e-publicacoes/revista-custos-legis/revista-custos-legis/view>>. Acesso em: set. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório de Atividades 2014/2015*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à Corrupção. Brasília: MPF, 2016.

PALUDO, Januário (Coord.); LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável*. Brasília: ESMPU, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política-criminal. Direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____ (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana; ALENCAR, Matheus. Prêmio e castigo: ensaio político-criminal sobre o instituto da colaboração premiada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Ossim; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros et al. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no direito brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 31, jan./jun. 2017.

SOUZA, Nivaldo; CARAM, Bernardo. Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, afirma DIAP. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 6 out. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>.

**OPERACIÓN «LAVADO DE AUTOS»:
LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
Y LA IMPUNIDAD EN BRASIL¹**

RENAN PAES FELIX

1 Introducción

La corrupción es un fenómeno presente en cualquier sociedad. Donde hay una reunión de personas, siempre habrá alguien tratando de obtener algún tipo de ventaja impropia. La tendencia de hacer el mal es inherente a la naturaleza humana. Por lo tanto, es necesario que la sociedad organizada cree mecanismos para contrarrestar tales actos y garantizar un mínimo de armonía en la sociedad humana. En este sentido, viene el concepto de justicia, de asignar a cada uno su castigo por una mala conducta. En las sociedades primitivas ese sentimiento ya se señaló, en los casos en los que se aplicaba la ley del «ojo por ojo y diente por diente».

Con la aparición del Estado moderno y la sistematización de los poderes, el deber de investigar y sancionar los actos ilegales quedó monopolizado por el Estado. Este es el objeto principal del trabajo: Brasil es un país que logró la independencia hace casi 200 años. Aunque tenga un sistema de justicia y un aparato de estado entero destinado a prevenir actos de corrupción, los defectos son evidentes y tienen consecuencias perjudiciales para la calidad de vida de la población.

1 Adaptação de dissertação de mestrado em Direito Constitucional submetida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha – Espanha.

Este estudio tiene como objetivo demostrar que desde el inicio de la nación brasileña, en la sociedad existía una «cultura» de connivencia con actos de corrupción y amiguismo entre los sectores públicos y privados, que con el tiempo también produjeron en el sistema de justicia un tratamiento distinto que en última instancia genera impunidad de los delitos de corrupción.

Al principio se pretende describir, a partir del contexto histórico de la formación de Brasil como nación, el origen de la cultura sistémica de indulgencia con la corrupción en las esferas de la vida pública y privada del pueblo brasileño. Esta costumbre de intercambio de favores entre lo público y lo privado, que marcó la historia de Brasil, trajo y todavía trae consecuencias desastrosas para la economía y para el desarrollo del país, creando un círculo vicioso de pagos de soborno por la ejecución de cualquier contrato público.

También se busca demostrar cómo la corrupción endémica trae resultados negativos para el país. A través de cruce de datos estadísticos, especialmente el Índice de Desarrollo Humano- IDH, el Producto Interno Bruto- PIB y el Índice de Percepción de la Corrupción- IPC, se ha constatado, de manera objetiva, que aunque Brasil sea un gigante en términos económicos, geográficos y poblacionales, la corrupción diseminada en el sector público le impide desarrollar todos sus potenciales como nación. A partir de estos datos, se observa que: a) todos los países considerados corruptos están también mal posicionados en el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas; b) todos los países bien ubicados en la lucha contra la corrupción son capaces de entregar razonable calidad de vida a sus ciudadanos (IDH). En ese sentido, hay íntima conexión entre instituciones políticas y económicas inclusivas y la prosperidad de la nación. Por el contrario, en ambientes políticos extractivos, los intereses económicos privados ilegítimos suelen tener más importancia que el interés público de la nación. Así que, Brasil todavía está atascada en un círculo vicioso relacionado con un ambiente extractivo, que es la corrupción endémica junto con un sentimiento generalizado de impunidad.

Para cambiar esta realidad, se debe impugnar un sistema judicial ineficiente y que estimula la sensación de impunidad para los delincuentes de cuello blanco. De hecho, se verá que aunque Brasil pierde aproximadamente 100 mil millones de reales cada año desviados por actos de corrupción, en la población penal del país hay un número insignificante de personas detenidas por actos de corrupción.

Observamos también que en el poder judicial no hay aplicación igualadora del derecho penal para todos los casos juzgados, pues la Justicia suele ser más severa con los crímenes cometidos por las personas de clases desfavorecidas y más favorable para los delincuentes de cuello blanco. En este punto, se analiza la contribución teórica de Edwin Sutherland. Según él, los delitos de cuello

blanco son nocivos para la sociedad, pero no son vistos por los ciudadanos como problema penal de la sociedad. Se analizan algunos estudios de casos en Brasil, que trataron de reforzar esta tesis. Finalmente, el último tema analizado para entender la situación generalizada de impunidad de los delincuentes de cuello blanco en Brasil es el foro especial de enjuiciamiento, que extiende indefinidamente el juzgamiento de autoridades políticas con procedimientos enmarañados y largos, estimulando el sentimiento de impunidad.

En seguida, se describe cómo se desarrolló la «Operación Lavado de Autos», la mayor investigación para combatir la corrupción que nunca se vio en Brasil y quizá en el mundo, y cómo ha llegado esta investigación a representar la esperanza brasileña de tener un país sin corrupción institucionalizada y donde todo el mundo, de gran alcance o no, está sujeto a la regla de la ley, y a la igualdad de trato.

Para entender el éxito alcanzado por esta operación se señalan dos factores clave, a saber: 1) la anterior sentencia dada por el Tribunal Supremo en el caso del escándalo de las mensualidades (soborno pago a miembros del Congreso Nacional por apoyo político), conocido como «mensalão», y 2) el surgimiento de la Ley de Colaboración Premiada. Con el apoyo de estos dos pilares, un competente equipo de experimentados investigadores y un juez federal independiente hicieron lo que nadie habría pensado que fuera posible en Brasil: ver a las autoridades ricas, poderosas y políticas detenidos por actos de corrupción y, además, la devolución de miles de reales al Estado, de los desvíos de recursos hechos por ellos.

De igual modo, hacemos un enfoque comparativo de «Operación Lavado de Autos» en Brasil, con la «Operación Manos Limpias» en Italia. Este análisis comparativo es muy importante ya que en Italia después del apogeo de las investigaciones, la clase política se reagrupó y planeó establecer varias leyes que han venido a debilitar la capacidad de investigación del Estado italiano, favoreciendo la impunidad de los delincuentes de cuello blanco. Con esto en cuestión, está claro que en Brasil también habrá esta tensión y esta batalla que ahora se está librando en el legislativo. De ahí la necesidad de prever y proponer medidas legislativas para optimizar la lucha contra la corrupción en Brasil. Este paso ha sido tomado por los fiscales federales brasileños, y por las propuestas de iniciativa popular, que abarcan diversos temas que le interesan a la lucha contra la corrupción y que se encuentran actualmente en discusión en el Congreso.

Este artículo tiene por objeto, por lo tanto, describir el momento histórico que pasa Brasil en la lucha contra la corrupción y apuntar maneras legislativas viables para hacer permanentes los efectos beneficiosos que la «Operación Lavado de Autos» ha traído al país.

2 Corrupción y impunidad en Brasil

2.1 La corrupción endémica y histórica

En el siglo XVIII, Europa ya vivía las ideas de libertad, igualdad y fraternidad que cambiaron a Francia con la revolución francesa. La cultura de los derechos del hombre y de igualdad de todos ante la ley se establecía con fuerza ante el absolutismo del rey. Las relaciones de la población con el Estado estaban en una fase de todo diferente, con más control y limitaciones. Pero en Brasil, éramos tan sólo una colonia de Portugal, sin desarrollo y sin autonomía que permitiese el crecimiento sostenible.

Sin embargo, todo va a cambiar a razón de la misma Revolución Francesa. Por cuestiones políticas, el Imperador Napoleón decide invadir Portugal y en 1808 la Corte Real portuguesa, bajo el poder del Rey D. Joao VI, va a vivir en la colonia de Sudamérica. Este es el inicio de un proceso que va culminar con la independencia de Brasil en 1822. Los rasgos de este período dejaron marcas en el Brasil actual, sobretodo en la cultura sistémica de indulgencia con la corrupción en las esferas de la vida pública y privada del pueblo brasileño.

Mientras Europa luchaba contra los privilegios de las monarquías, en Portugal la familia real todavía tenía su poder y pompa. La comitiva real tenía entre 10 y 15 mil personas cuando pasó a vivir en Brasil en 1808. Para tener una idea del tamaño de la maquina estatal en aquel periodo, los Estados Unidos, cuando fundaron Washington, en 1790, tenían mil funcionarios públicos. En 1810, la población de Washington DC era de 8200 habitantes. Sin presupuesto para el mantenimiento de una corte perdularia y voraz, pero con la mala costumbre de llevar un vida de lujo sin preocupación por el coste para el erario, D. Joao crea un banco para poder imprimir dinero.

La historia del primer banco de Brasil es fundamental para entender la triste relación entre lo público y lo privado, con intercambio de favores, que tanto perjuicio da al pueblo brasileño.

El historiador Laurentino Gomes (2007, p. 189) así resume el tema:

Onde achar dinheiro para socorrer tanta gente? A primeira solução foi obter um empréstimo da Inglaterra, no valor de 600000 libras esterlinas. Esse dinheiro, usado em 1809 para cobrir as despesas da viagem e os primeiros gastos da corte no Rio de Janeiro, seria um pedaço da dívida de 2 milhões de libras esterlinas que o Brasil herdaria de Portugal depois da Independência. Outra providência, igualmente insustentável no longo prazo, foi criar um banco estatal para emitir moeda. A breve e triste história do primeiro Banco do Brasil, criado pelo príncipe regente sete meses depois de chegar ao Rio de Janeiro, é um exemplo do compadrio que se estabeleceu entre a monarquia e uma casta de privilegiados negociantes, fazendeiros e traficantes de escravos a partir de 1808.

Pela carta régia de outubro de 1808, o capital do Banco do Brasil seria composto de 1200 ações no valor unitário de um conto de réis. Para estimular a compra dessas ações, a Coroa estabeleceu uma política de toma-lá-dá-cá. Os novos acionistas eram recompensados com títulos de nobreza, comendas e a nomeação para cargos de deputados da Real Junta do Comércio, além da promessa de dividendos muito superiores aos resultados gerados pela instituição. Em troca, o príncipe regente tinha à disposição um banco para emitir papel-moeda à vontade, tanto quanto fossem as necessidades da corte recém-chegada. Como resultado, quem era rico e plebeu virou nobre. Quem já era rico e nobre, enriqueceu ainda mais. A mágica funcionou durante pouco mais de dez anos. Em 1820, o novo banco já estava arruinado.

Estas relaciones espurias han moldeado el ejercicio de poder en Brasil en los últimos doscientos años. Los interesados en obtener algún privilegio del Poder Público tienen la costumbre de utilizar el poder económico para atin-gir sus objetivos. Esta cultura estimula la corrupción en todas las esferas del Estado. En un ambiente como éste, todos quieren tener ventajas y ganar su dinero ilícito. En este mismo periodo negro de la historia de Brasil, comenzó la práctica de cobro de un porcentaje por todos los contratos públicos:

Outra herança da época de D. João é a prática da “caixinha” nas con-corrências e pagamentos dos serviços públicos. O historiador Oliveira Lima, citando os relatos do inglês Luccock, diz que se cobrava uma comissão de 17% sobre todos os pagamentos ou saques no tesouro público. Era uma forma de extorsão velada: se o interessado não com-parecesse com os 17%, os processos simplesmente paravam de andar. “A época de D. João VI estava destinada a ser na história brasileira, pelo que diz respeito à administração, de muita corrupção e peculato”, ava-liou Oliveira Lima. “A corrupção medrava escandalosa e tanto contribuía para aumentar as despesas, como contribuía o contrabando para dimi-nuir as rendas. (GOMES, 2007, p. 191).

Este ambiente connivente con la corrupción en Brasil gana espacio con motivo del tradicional patriarcalismo del pueblo brasileño, que pone en pri-mer lugar sus intereses privados ante los fines del Estado. Uno de los más importantes historiadores de Brasil, Sérgio Buarque de Holanda, escribe que no fue fácil para los detentores de cargos públicos comprender la distinción fundamental entre los dominios de lo privado y de lo público:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema ad-ministrativo e um corpo de funcionarios puramente dedicados a interes-ses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acom-panhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. (HOLANDA, 1995, p. 146).

Así que el propio análisis sociológico de la formación de la cultura de Brasil, en los siglos XVIII hasta los días actuales, esta permeada por una connivencia casi cultural con actos de corrupción, o sea, de primacía a intereses privados en el ámbito del aparejo estatal. En un ambiente patriarcal, la cuestión emotiva tiene más peso que la razón (HOLANDA, 1995, p. 182).

No se puede negar, en este contexto, que si no hay el reproche adecuado, la corrupción tiene un efecto retroalimentativo, es decir, la corrupción impune genera más corrupción. Esto es lo que ocurrió en dos siglos de historia de Brasil, hasta los días actuales. Según García (2014, p. 107):

En sistemas [...] con defectos de organización político-administrativa o con insuficiente solidez institucional, que tienen mayores lagunas legales y que están en proceso de crecimiento y modernización, la corrupción penetrará con mayor facilidad en todas las capas de la estructura social e institucional. Así, podemos, ver actualmente casos como China o México por ejemplo. Donde podemos aplicar el concepto de naturaleza retroalimentativa de la corrupción también llamado a veces efecto contagio, es decir, la relación inversa que hay entre la cantidad de corrupción existente y el riesgo de verse involucrado.

Con esta cultura retroalimentativa durante años, la corrupción ganó espacio en Brasil en todas las esferas del Gobierno, desde las altas cúpulas hasta el menor ayuntamiento. Este comportamiento de robar dinero de las esferas del Estado, aceptado por distintas generaciones, acaba por generar en la población un sentimiento de tolerancia con chapuzas administrativas. La ausencia de violencia directa o daño físico en los casos de corrupción son rasgos que acaban por disminuir la reacción de la sociedad contra estos delitos (MIR; GENOVÉS, 1987. p. 91). Pero, en verdad, la corrupción produce efectos más fuertes en la retroalimentación de los fallos de la maquina estatal, generando más desigualdad y más crímenes violentos (FISCHER, 2011, p. 29). Es necesario acabar con la imagen benévola atribuida al delincuente de cuello blanco, pues las consecuencias son para todos, retirando el presupuesto del Estado, de la seguridad, de la educación y de la salud pública. No puede haber reprobación social sólo cuando los actos ilícitos afectan intereses privados y no públicos.

2.2 Las consecuencias de la corrupción

Este breve cuadro histórico es fundamental para entender las contradicciones del Brasil del siglo XXI, que es un país continental, una potencia económica, entre las siete economías más grandes del mundo, pero con problemas graves en su desarrollo social, consecuencia directa de la corrupción.

Según datos obtenidos en la página web del Banco Mundial, referentes al año de 2014, estas son las 7 principales economías del mundo:

Ranking	Economía – PIB	Millones de dólares americanos	PIB <i>per capita</i>
1º	Estados Unidos	17.419.000,00	US\$ 54.629,00
2º	China	10.354.832,00	US\$ 7.594,00
3º	Japón	4.601.461,00	US\$ 36.194,00
4º	Alemania	3.868.291,00	US\$ 47.627,00
5º	Reino Unido	2.988.893,00	US\$ 45.603,00
6º	Francia	2.829.192,00	US\$ 42.736,00
7º	<i>Brasil</i>	<i>2.346.076,00</i>	<i>US\$ 11.612,00</i>

(Tabla 1)

Por otro lado, es imprescindible destacar, para tener una perspectiva más completa de la situación económica y social de los países, que no basta con mirar el tamaño de su economía. Es preciso añadir otras informaciones contenidas en datos estadísticos de otras fuentes, especialmente para identificar que toda esta riqueza producida por la nación resulta en avances en el campo del desarrollo social, con distribución de la renta y condiciones dignas de vida para sus ciudadanos.

En ese aspecto, la Organización de las Naciones Unidas creó el Índice de Desarrollo Humano (IDH) para demostrar que las personas y sus capacidades deben ser el criterio más importante para evaluar el desarrollo de un país, y no el crecimiento económico por sí solo. Según las Naciones Unidas (2016), el IDH es un indicador de los logros medios obtenidos por cada país en las dimensiones fundamentales del desarrollo humano: a) tener una vida larga y saludable; b) adquirir conocimientos; c) disfrutar de un nivel de vida digno. La dimensión de la salud se evalúa conforme la esperanza de vida al nacer. La educación se analiza por los años promedio de escolaridad de los adultos y por los años esperados de escolaridad de los niños en edad escolar. Por último, la dimensión del nivel de vida se mide conforme el nivel de ingresos *per cápita*.

Así que, para agregar valor a ese análisis comparativo de las economías más grandes del mundo, se le añade a la tabla arriba, los datos de cada nación en relación al Índice de Desarrollo Humano (IDH), referentes al año de 2014:

Países	Ranking – PIB (millones)	Ranking – IDH
Estados Unidos	1º – US\$ 17.419.000,00	8º – 0,915
China	2º – US\$ 10.354.832,00	90º – 0,727

Países	Ranking – PIB (millones)	Ranking – IDH
Japón	3º – US\$ 4.601.461,00	20º – 0,891
Alemania	4º – US\$ 3.868.291,00	6º – 0,916
Reino Unido	5º – US\$ 2.988.893,00	14º – 0,907
Francia	6º – US\$ 2.829.192,00	22º – 0,888
<i>Brasil</i>	<i>7º – US\$ 2.346.076,00</i>	<i>75º – 0,755</i>

(Tabla 2)

Haciéndose un contraste entre el tamaño de la economía (PIB total y *per cápita*) con la calidad media de vida de sus ciudadanos, el contexto ya se queda más complejo. Se percibe con claridad que hay un patrón de homogeneidad entre Estados Unidos, Japón, Alemania, Reino Unido y Francia, pues la fuerza de la economía tiene como consecuencia más dignidad de vida para el pueblo. Pero los datos de China y Brasil indican que algo está mal. Este es el propósito de la presente investigación. Identificar elementos que diferencian los países y buscar la razón del éxito en cada nación para extraer posibles soluciones para Brasil.

En ese sentido, otra importante fuente abierta de información calificada, que sirve de excelente subsidio para el análisis comparativo y cualitativo entre países es la lista de Transparencia Internacional. Esta es una respetable organización internacional que actúa desde hace años desarrollando proyectos, programas y actividades contra la corrupción en el mundo. Anualmente, Transparencia Internacional publica un informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en todos los países del mundo, clasificando a las naciones según su éxito o no en ese trabajo. Este informe, llamado «Índice de Percepción de la Corrupción» (IPC) funciona como un «name and shame», disuadiendo prácticas corruptas en los países.

Basado en múltiples datos obtenidos con expertos, este índice (puntuación de 0 – muy corrupto a 100 – muy limpio) mide la percepción de la corrupción en el sector público de las naciones. Lo que se percibe con claridad es que la corrupción es un problema mundial y está ampliamente difundido. La diferencia es que algunos países aceptan ese problema como una enfermedad incurable mientras que otros tienen mecanismos fuertes para impedir y punir esta plaga.

Extrayendo los datos más recientes (TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, 2015) del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), tenemos el siguiente cuadro final (en todos los rankings son evaluados un promedio de 180 países):

Países	Ranking PIB (millones)	PIB <i>per capita</i>	IDH	IPC
Estados Unidos	1º – US\$ 17.419.000,00	US\$ 54.629,00	8º – 0,915	16º – 76
China	2º – US\$ 10.354.832,00	US\$ 7.594,00	90º – 0,727	83º – 37
Japón	3º – US\$ 4.601.461,00	US\$ 36.194,00	20º – 0,891	18º – 75
Alemania	4º – US\$ 3.868.291,00	US\$ 47.627,00	6º – 0,916	10º – 81
Reino Unido	5º – US\$ 2.988.893,00	US\$ 45.603,00	14º – 0,907	10º – 81
Francia	6º – US\$ 2.829.192,00	US\$ 42.736,00	22º – 0,888	23º – 70
<i>Brasil</i>	<i>7º – US\$ 2.346.076,00</i>	<i>US\$ 11.612,00</i>	<i>75º – 0,755</i>	<i>76º – 38</i>

(Tabla 3)

De las informaciones contenidas en la tabla arriba, se puede inferir que aunque Brasil y China sean gigantes en términos económicos, geográficos y poblacionales, la corrupción diseminada en el sector público les impide desarrollar todas sus potencialidades como nación. Esto resulta en un déficit en la calidad de vida de sus pueblos. Brasil y China tienen un territorio continental, una inmensa población, que favorece el mercado interno y múltiples fuentes de recursos naturales. Por eso integran el selecto grupo de las siete más grandes economías del mundo. Pero, esa grandeza económica no viene acompañada de una clasificación equivalente en el Índice de Desarrollo Humano. Acreditamos que esa discrepancia está intrínsecamente asociada al alto índice de percepción de la corrupción en el servicio público. En el caso de China se añade el problema del déficit democrático. Esta relación es en lo que pretendemos profundizar en esta investigación.

Los problemas de Brasil y China tienen no sólo consecuencias en el ámbito del desarrollo humano de sus pueblos, sino también en la percepción de la comunidad internacional con respecto a estos países. Existe una reunión informal de países, llamada Grupo de los Siete – G7. Son las naciones con mayor peso político, económico y militar en el mundo – los *global players*, que se reúnen anualmente para discutir temas relevantes en escala global. Coincidencia o no, de las más grandes economías del mundo, tan sólo Brasil y China están fuera del G7, que incluyen: Estados Unidos, Japón, Alemania, Reino Unido, Francia, Canadá y Italia. Es decir: la corrupción impide a Brasil y a China desarrollar un rol más relevante en la diplomacia internacional.

Por otro lado, si miramos hacia el Índice de la Percepción de la Corrupción, se perciben dos cuestiones interesantes: a) todos los países considerados

corruptos están también mal posicionados en el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas; b) todos los países bien ubicados en la lucha contra la corrupción son capaces de entregar razonable calidad de vida a sus ciudadanos (IDH). Es decir: no hay dudas que la corrupción impide el desarrollo social y económico de las naciones, especialmente de Brasil.

En Brasil se vive una situación exótica. Las estadísticas demuestran que el país ocupa la 7ª posición en la economía mundial, pero es evaluado en el 75º lugar en el Índice de Desarrollo Humano y en 76º lugar en el Índice de Percepción de la Corrupción. Estos datos indican que hay un alejamiento claro entre la producción de riquezas del país y el bienestar de sus ciudadanos. El Estado recauda impuestos pero la contraprestación no ocurre como debería. Los recursos públicos son desviados y no hay la debida punición de los responsables. El dinero se va en la obra pública más cara e inconclusa, en la merienda escolar de baja calidad, en la contratación estatal con fraude y en muchos otros sitios, en las múltiples esferas del poder público.

La clasificación de Brasil en el ranking de Transparencia Internacional revela que esta grave diferencia entre la producción de riquezas y la calidad de vida del pueblo brasileño ocurre debido al alto índice de corrupción instalado en el sector público, que absorbe el dinero que debería ser destinado para la consecución de las finalidades del Estado. La corrupción impide la eficiencia de los sistemas públicos de salud y educación, lo que acaba por generar datos negativos para la clasificación del país en el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas.

¿Qué factores llevan a los Estados a conseguir conciliar el crecimiento económico sostenible, el desarrollo social y el combate a la corrupción? ¿Cómo hacer eso en Brasil?

Dos estudiosos americanos investigaron el tema y publicaron el libro *Why nations fail?* En este libro, intentan ofrecer respuestas concretas para entender el motivo por el cual algunos países se volvieron ricos y desarrollados mientras que otros permanecen en la miseria y en el subdesarrollo.

Para Robinson y Acemoglu (2013, p. 429), existen instituciones políticas inclusivas (aquellas que contribuyen al crecimiento económico y al desarrollo industrial y social) e instituciones políticas extractivas (aquellas que enriquecen apenas la élite dominante, que tiene el poder político concentrado en sus manos y que se beneficia indebidamente del poder en perjuicio de la población).

Mirando hacia la historia de múltiples países, ellos perciben que hay una íntima conexión entre instituciones políticas y económicas inclusivas y la prosperidad de la nación. Estas instituciones refuerzan la estabilidad del derecho de la propiedad, crean un ambiente de estímulo a la innovación y competencia leal en el sector privado, fomentan nuevas inversiones y nuevas tecnolo-

gías, generando así un ciclo virtuoso que transforma el país, con más riqueza y desarrollo. Con el empoderamiento de las diferentes clases sociales, el poder político es ejercido de modo más pluralista, bajo la constante fiscalización sobre los representantes del pueblo, asegurando también la centralización política necesaria para respetar el imperio de la ley.

Por otro lado, naciones estructuradas con instituciones políticas y económicas extractivas canalizan sus recursos naturales y económicos para beneficiar a unos pocos detentores del poder en perjuicio de la población, fallan en asegurar la estabilidad del derecho de propiedad y tampoco fomentan la actividad económica. El poder político queda concentrado en las manos de una oligarquía, que siempre lucha para mantener el *status quo*, con lo que se acostumbra a extraer ventajas financieras. En un ambiente como éste, la colusión es más poderosa que la ley.

Así que, un país que vive bajo instituciones políticas y económicas extractivas puede hasta tener un determinado crecimiento económico, pero que no se sostiene en el tiempo. En una hora hay un colapso, pues el crecimiento sostenible requiere innovaciones y decisiones políticas que pueden amenazar el contexto económico que beneficia a la élite política dominante. De hecho, en ambientes políticos extractivos, diferentes grupos siempre estarán en disputa para asumir el poder y beneficiarse de los engranajes de extracción del dinero público. Esta lucha culmina por generar inestabilidad política, en un círculo vicioso. Los intereses económicos privados ilegítimos suelen tener más importancia que el interés público de la nación. Por ejemplo, en Brasil, la compañía de petróleo estatal Petrobras sufre lesiones de billones de dólares en razón de actos de corrupción, teniendo actualmente una de las más grandes deudas del planeta.

Aunque no existan soluciones sencillas para problemas tan complejos, para cerrar este círculo vicioso, Acemoglu y Robinson (2013, p. 430) hacen las siguientes sugerencias: a) un cierto grado de poder político centralizado, para permitir que el embate entre los movimientos sociales y políticos contrarios al poder establecido no generen tensiones e inestabilidad al punto de empujar el país para una guerra civil, como sucedió en Siria y en algunos países de África; b) la presencia de instituciones políticas que no prohíban el pluralismo, de forma que permitan coaliciones, de distintas partes de la sociedad para que se formen; c) presencia de instituciones de la sociedad civil organizada que coordinen las demandas de la población. Además de estos elementos, para que haya un cambio institucional de dirección es necesario que hayan coyunturas críticas, que son momentos históricos de virada, que poseen la fuerza de unir y sacudir a la sociedad.

Brasil es un país democrático plenamente consolidado, con instituciones políticas y económicas fuertes. Existe pluralismo político y una sociedad civil con voz y muy articulada. Ocurre que el país todavía está atascado en un círculo

vicioso relacionado con un ambiente extractivo, que es la corrupción endémica junto con un sentimiento generalizado de impunidad. Este ambiente erosiona las riquezas de la nación e impide su pleno desarrollo económico y social.

Sin embargo, creo que la generación actual vive una de estas coyunturas históricas críticas, que generan un compromiso ético de amplios sectores de la sociedad. Esta movilización resulta en fuerte presión en el poder político establecido para promover correcciones de rumbo en interés de la nación. En ese sentido, la investigación de la operación anticorrupción «Lavado de Autos», que ya dura tres años en Brasil y que investiga la corrupción en Petrobras, ha generado en la población la nítida percepción de que el más grave problema del país es la corrupción. En años anteriores, cuando se hacían encuestas indagando a los ciudadanos cuáles eran sus principales preocupaciones en cuanto al papel del Estado, los resultados siempre giraban entre: salud, educación, seguridad pública, empleo, coste de la vida, transporte público, violencia, drogas.

En 2016, después de la amplia repercusión de las investigaciones anticorrupción de la operación «Lavado de Autos», las encuestas presentan un resultado diferente, mostrando que ahora lo que preocupa al brasileño es la corrupción. De hecho, el primer paso para tratar una enfermedad es hacer el diagnóstico correcto. En verdad, problemas en la salud, seguridad pública, educación, transporte público, entre otros, no son nada más que consecuencias malas de la corrupción generalizada y estimulada por la sensación de impunidad, que desprecia la prestación de servicios públicos y la correcta aplicación del dinero recaudado por los impuestos.

Los dos últimos grandes casos de investigación anticorrupción de Brasil, el «mensalão» y el caso «Petrobras» tienen un gran valor simbólico, pues han contribuido de forma contundente para demostrar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, independientemente de influencia política o poder económico. El «pequeño ajuste brasileño», esta vulgar connivencia con pequeños actos de corrupción empieza a cambiar en el momento en que la población entiende que todos están bajo el imperio de la ley sin excepciones de cualquier clase.

Así que, es de extrema importancia que no perdamos esta ventana de oportunidad para cambiar Brasil para mejor. Juzgados puntuales, como los citados, de *per sí*, no van a cambiar el sistema político extractivo. Es necesario aprovechar el contexto histórico político para hacer los cambios políticos y de leyes necesarios para que se establezca una cultura de respeto a la ley y una confianza en las instituciones políticas, con sanción firme y celeridad de actos de corrupción. El crimen no debe compensarse.

En ese sentido, amplios sectores de la sociedad se organizaron para, por medio de iniciativa popular, presentar proyectos de ley para perfeccionar el sistema de justicia de Brasil. Son las «10 medidas contra la corrupción». Mas

de 2 millones de firmas fueron recogidas y encaminadas al Congreso Nacional. Ahora estos proyectos serán objeto de apreciación por los parlamentarios. Es la hora del cambio. La clase política necesita cada vez más asumir sus responsabilidades con el país. La sociedad, de modo pluralista, necesita unirse para garantizar que se hagan los cambios sistémicos y para que la grandeza de Brasil se refleje no sólo en la amplitud de su poder económico, sino también en un fuerte y constante desarrollo social, para que la confianza sea depositada en las instituciones, con una cultura de respeto al imperio de la ley y de combate intenso a la corrupción.

2.3 El sistema judicial ineficiente y la impunidad

Según una investigación de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP, 2016), el coste de la corrupción en Brasil es estimado entre 1,38% y 2,3% del Producto Interno Bruto (PIB). En el trabajo, los investigadores definen el coste de la corrupción como el importe total de recursos que es desviado de las actividades productivas, en perjuicio de la eficacia de la inversión. Cuanto más corrupción, mayor es la percepción de riesgo para invertir en el país. Para estimar los valores desviados, los investigadores se basan en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Brasil comparado con otros países con mejor evaluación:

Países	Ranking PIB (millones)	Risk Index	IDH	IPC
Estados Unidos	1º – US\$ 17.419.000,00	85	8º – 0,915	16º – 76
China	2º – US\$ 10.354.832,00	69	90º – 0,727	83º – 37
Japón	3º – US\$ 4.601.461,00	85	20º – 0,891	18º – 75
Alemania	4º – US\$ 3.868.291,00	83	6º – 0,916	10º – 81
Reino Unido	5º – US\$ 2.988.893,00	81	14º – 0,907	10º – 81
Francia	6º – US\$ 2.829.192,00	76	22º – 0,888	23º – 70
<i>Brasil</i>	<i>7º – US\$ 2.346.076,00</i>	<i>68</i>	<i>75º – 0,755</i>	<i>76º – 38</i>

(Tabla 4)

En la tabla de arriba, obtenida en el informe de FIESP, se comprueba que el promedio de Brasil en el ICP es 38, mientras que el promedio de otros países con economía similar en tamaño (Francia, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos y Japón) es 75. El índice de riesgo de inversión en Brasil, en contrapartida, es mayor. En la metodología del estudio, se hace una simulación,

estimando el crecimiento del PIB *per capita* de Brasil en caso de que el país tuviese los índices de Percepción de Corrupción de estos países (promedio de 7,5). Los resultados están en la siguiente tabla:

País	ICP - promedio	PIB <i>per capita</i> Estimativa*	Diferencia PIB (US\$)	Diferencia PIB (%)
Brasil	3,65	7.953,7	-	-
Corea de Sud	4,61	8.260,6	306,8	3,9%
Japón	6,94	9.010,6	1.056,9	13,3%
Chile	7,13	9.074,8	1.121,1	14,1%
EE UU	7,54	9.215,3	1.261,6	15,9%
Alemania	7,91	9.344,3	1.390,6	17,5%
Canadá	8,85	9.676,9	1.723,2	21,7%
Finlandia	9,50	9.917,8	1.964,0	24,7%

* PIB *per capita* de Brasil si ICP Brasil fuera = país seleccionado (Tabla 4)

En la tabla de arriba se puede constatar que si Brasil tuviera un promedio de 75 en el IPC, la diferencia en el PIB *per capita* sería de un 15,5% más en el período seleccionado para el estudio (1990-2008). Con el fundamento de estos datos, haciéndose los cálculos, es posible estimar que el coste anual de la corrupción es el 1,38% del PIB. En números de 2012 (BANCO MUNDIAL, 2012), este porcentual equivale a 112 mil millones de reales (R\$), considerando que el PIB de Brasil en 2012 fue de 2,461 millón de millones de dólares americanos (US\$).

Para tener una idea clara de lo que significa ciento doce mil millones de Reales en el presupuesto de Brasil, es preciso decir que el pago de todo el funcionalismo público del Gobierno Federal (Poder Ejecutivo, Legislativo, Justicia y Fiscalía) está estimado en 277 mil millones de reales en 2016 (SENADO, 2015). El presupuesto de inversión del Gobierno de Brasil en 2016 es de 142 mil millones de Reales. La cantidad de dinero público que se pierde con la corrupción es increíble, representando casi el total de inversión anual del Estado Federal.

Sin embargo, mirando hacia los datos del sistema de cárcel de Brasil llegamos a una constatación que sirve como estímulo para la impunidad: casi nadie va a la cárcel en Brasil por corrupción. Siguen los datos publicados por el Ministerio de Justicia de Brasil (DEPEN, 2016):

Tipos de delitos por los cuales las personas están en el cárcel en Brasil	Población reclusa
Total en el año 2014²	245.821
Delitos contra el patrimonio (robo, hurto, extorsión, usurpación, defraudaciones, daños)	97.206
Delitos contra la salud pública (tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)	66.313
Delitos contra la persona (homicidio, aborto, lesiones físicas, violencia doméstica, secuestro)	39.605
Delitos contra el orden público (tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos)	17.797
Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, explotación sexual)	12.811
Delitos contra la paz pública (organizaciones y grupos criminales)	5.629
Delitos contra la fe pública (falsedades, falsificación de documentos, moneda, contrabando)	3.162
Genocidio, tortura y delitos contra el medio ambiente	2.091
Delitos de tránsito	634
<i>Delitos contra la Administración pública (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación)</i>	<i>573</i>

(Tabla 5)

Estos datos demuestran que hay una gran población reclusa en Brasil, pero la mayor parte de los detenidos son de las clases sociales más bajas, que cometen delitos de sangre o violencia (homicidio, robo, hurto, tráfico de drogas). De un universo de 245.821 personas detenidas en Brasil, sólo hay 573 personas en la cárcel con motivo de delitos contra la Administración Pública. Eso equivale al 0,23% de la población reclusa.

Es un número ridículo de detenidos cuando se considera que Brasil pierde 112 mil millones de reales por año con corrupción. Este bajo índice de detenidos por corrupción es una clara señal de impunidad para los delitos de

2 La estadística no incluye los datos de los Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal y Tocantins, que no presentaron datos para el Ministerio de Justicia, según el informe en la página web.

cuello blanco. Los números nos hacen ver mejor la dimensión del problema. En la corrupción lo que importa para el agente es un balance de costes y beneficios. Si la malversación del dinero público es sencilla, sin transparencia y sin punición, hay un estímulo para su práctica en la administración pública. Andrés Roemer señala que «cualquier criminal se comporta como un agente racional económico pues realiza un análisis de coste-beneficio. La decisión entre dedicarse al crimen o a cualquier otra actividad legal dependerá de los retornos esperados de cada una de las actividades.» (ROEMER, 2001, p. 79). Y este problema no se encuentra sólo en Brasil. Sobre España, Norberto Barranco hace el siguiente cuadro (BARRANCO, 2016):

En 2013, últimos datos hasta la fecha del Instituto Nacional de Estadística, en base a la información facilitada por el Registro Central de Penados, en los tribunales españoles ha habido 1 persona condenada por delito de tráfico de influencias, 13 personas condenadas por fraudes y exacciones ilegales, 51 por delito de cohecho, 62 por prevaricación, 89 por delito de malversación (de un total de 219.776 adultos condenados) 26. ¿Alguien se cree esto? No la estadística, sino la correspondencia de la estadística (o sea, de la realidad judicial) con la realidad social. ¿Un condenado por delito de tráfico de influencias? Lo que falla no es la legislación penal. Es otra cosa.

Los datos expuestos arriba indican que el sistema judicial y legislativo actual de Brasil no está adecuado al control efectivo de un ambiente de corrupción sistemática y endémica, pues la impunidad se revela como regla general hasta ahora, una vez que la probabilidad de ir al cárcel en Brasil por actos de corrupción, considerando las estadísticas, es muy pequeña.

El camino para punir corruptos en el sistema judicial brasileño es espinoso, pues hay muchas brechas en las leyes, con múltiples recursos para extender indefinidamente los procesos criminales contra agentes de cuello blanco involucrados en corrupción. Cuando la Fiscalía tiene pruebas fuertes de actos de corrupción y los abogados de defensa no consiguen hacer una defensa en mérito, ellos intentan obstruir procesos criminales basados en defectos del orden formal o procedimental.

El primer problema en estos casos son las penas cortas cuando se trata de punir la corrupción con privación de libertad. Para corrupción varía de 2 a 12 años de cárcel. Pero, en el sistema de justicia hay una «cultura de la pena baja». Entonces la pena varía de 2 a 12 años de cárcel, hay 90% de probabilidad de ser aplicada una pena mínima o próxima a ella. Además, en Brasil hay un sistema de progresión de regímenes según el cual se cumple apenas un sexto de la sanción y se garantiza acceso a un régimen semi-abierto de cumplimiento de pena. En los raros casos de pena alta por grave corrupción, como 8 años de cárcel, el condenado sólo estará en la cárcel por un sexto de este periodo, y después cumplirá pena domiciliar.

Todo este contexto genera un fuerte sentimiento de impunidad entre la población, especialmente cuando se percibe que los poderosos no se someten a la ley.

2.3.1 El tratamiento diferencial

Parte del problema está relacionado con la sensación de impunidad que tiene también la contribución de los tribunales brasileños que han actuado históricamente de forma selectiva, con más indulgencia para los delitos de cuello blanco.

Las cifras anteriores mencionadas, en cuanto a la situación de los presos en Brasil, muestra que estamos entre los países con las tasas de encarcelamiento más altas del mundo. Sin embargo, la descripción de los delitos por los que la gente está atrapada en el país muestra que la severidad de la judicatura brasileña está dirigida especialmente hacia los delitos contra la propiedad privada, contra las personas y el tráfico de drogas. El león feroz contra estos crímenes se convierte en un gato dócil cuando se trata de los delitos de cuello blanco.

En los delitos de corrupción de las autoridades políticas y las personas con alto poder adquisitivo, cualquier pequeño error de procedimiento resulta motivo de cancelación y de la interrupción de toda la investigación. Es como si una fuga en una tubería fuese motivo de la demolición de todo el edificio.

La deficiencia de igualdad ante la ley penal ha sido el objeto de estudio por varios expertos. El pionero en este área fue Edwin Sutherland, que acuñó el término «*white collar crimes*», lo que explica que las personas que tienen mejor condición financiera en la sociedad y cometen delitos a través de sus profesiones disfrutaban de una «aplicación diferencial de la ley», que no se aplica de modo tan grave como cuando se dirige a los más pobres o los que cometen delitos de «sangre y violencia». La sociedad misma no entiende directamente los malos efectos de los crímenes de cuello blanco, y termina aceptando tácitamente ciertas prácticas de forma social.

Sutherland estuvo especialmente alerta a la alta nocividad social de los delitos de corrupción, aunque la sociedad no viera tales delitos como el problema criminal a ser combatido: «the financial cost of white-collar crime is probably several times as great as the financial cost of all the crimes which are customarily regarded as the crime problem» (SUTHERLAND, 1940). Las cantidades desviadas al año en Brasil por la corrupción demuestran esta alta carga de nocividad social, que necesita ser muy reñida.

Astutamente, Sutherland señala que los crímenes cometidos por personas de clase social baja son duramente castigados con sanciones penales, multas, encarcelamiento e incluso la muerte. En cuanto a las de cuello blanco, los crímenes a menudo no son investigados, y cuando lo son, dan lugar a procedimientos civiles o administrativos. Se aplican penas muy leves, tales como ad-

vertencias y multas, y la prisión sólo en casos muy excepcionales. Por lo tanto, existe una aplicación diferencial de la ley basada en las diferencias de posición o condición social, que son generadas como consecuencia de la percepción de que los delitos de cuello blanco no son verdaderos crímenes. Esta perspectiva también se propaga por el sistema judicial, generando diferentes juicios para tales clases: «this difference in the implementation of the criminal law is due principally to the difference in the social position of the two types of offenders» (SUTHERLAND, 1940). Además, el poder económico y político establecido crea las leyes y los procedimientos penales que favorecen la aplicación diferenciada.

En la experiencia judicial de Brasil hay varios ejemplos de investigaciones complejas que involucran corrupción, lavado de dinero, funcionarios de alto nivel y poder económico que han sido completamente cancelados en una corte superior por defectos puramente formales. El miembro de la Fiscalía Federal de Brasil Diogo Castor Mattos (2015) señaló algunos juzgados específicos en los que el dualismo Sutherland se hizo evidente: Caso Satriagaha, Caso Castelo de Areia y Caso Banestado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Brasil se firmó en el sentido de que «eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a sua natureza inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal». (STJ. Habeas Corpus n. 233.118/SP). Este caso particular se refería a un delito de robo y asesinato cometido por un ciudadano de clase baja, asistido por el Defensor. La solicitud fue rechazada por la Corte.

Por otro lado, en el Caso Satiagraha, que involucró a uno de los empresarios más poderosos de Brasil en una red de corrupción, lavado de dinero y la transferencia de los valores a los políticos, el mismo tribunal sostuvo que «as nulidades verificadas na fase pré-processual, e demonstradas à exaustão, contaminam futura ação penal» (STJ. Habeas Corpus n. 149.250/SP). La decisión de la Corte fue tomada para anular todas las pruebas presentadas y archivar por completo la investigación.

Tengamos en cuenta que en el primer caso, relacionado con la clase social más baja, se alegó como irregularidad que la confesión fue obtenida mediante tortura. La Corte rechazó la ocurrencia de esa irregularidad y mantuvo la condena. En el segundo caso, relacionado con la participación del agente criminal de cuello blanco, la nulidad señalada por la defensa era únicamente la participación de agentes de inteligencia brasileños en las investigaciones sin autorización judicial. Esto, sin apunte de una pérdida específica, fue suficiente para demoler una investigación compleja que desvelaba la existencia de una organización criminal involucrada en el desvío de millones de reales del presupuesto público, que había incluso ofrecido soborno a los investigadores de la Policía Federal.

Al final de este estudio comparativo, Mattos (2015, p. 140) concluye que:

Existe todo um aparato institucionalizado para possibilitar a impunidade, o que dificulta ou torna quase impossível a pretensão de responsa-

bilizar penalmente de forma efetiva os criminosos do colarinho branco.

[...]

Pelo estudo de casos tratados, verifica-se a existência de um vasto conjunto de fatos indicando que há uma seletividade penal no julgamento de *habeas corpus* relativos a crimes do colarinho branco no Superior Tribunal de Justiça.

Os dados demonstraram que nos últimos anos sete grandes casos de crimes contra a administração pública tiveram suas provas anuladas no STJ, sendo que muitas vezes o mesmo argumento jurídico utilizado para anular ações penais de crimes do colarinho branco não valeu para situações similares que examinaram crimes praticados pela classe mais pobre, conforme demonstrado no cruzamento dos precedentes colacionados.

En verdad, las ideas de Sutherland llegaron en la primera mitad del siglo XX, pero están extremadamente presentes en el Brasil del siglo XXI. La selectividad penal de los agentes implicados en delitos de cuello blanco genera consecuencias nocivas al país, ya que alimenta una impunidad persistente, que oscurece la credibilidad del sistema judicial brasileño ante la sociedad. Un Estado cuya justicia no tiene credibilidad sufre un riesgo grave y no alcanza todo su potencial de desarrollo como nación.

Sutherland concluye su artículo ejemplar con la defensa de dos ideas: a) los que se convierten en criminales de cuello blanco por lo general comienzan sus carreras en buenos hogares, buenas escuelas, pero, en sus profesiones hay situaciones en las que el crimen es prácticamente el comportamiento y la cultura por defecto. Así que son inducidos a unirse a un sistema de este tipo (por ejemplo la evasión de impuestos); b) esto es porque la comunidad no está organizada firmemente en contra de este comportamiento criminal. La ley señala una dirección, pero otras fuerzas apuntan en la dirección opuesta: «A business man who wants to obey the law is driven by his competitors to adopt their methods. This is well illustrated by the persistence of commercial bribery in spite of the strenuous efforts of business organizations to eliminate it» (SUTHERLAND, 1940, p. 12).

Según Sutherland, por lo tanto, podemos decir que una cultura de convivencia con actos de corrupción en combinación con un sistema judicial ineficiente, es lo que genera la impunidad a los delincuentes de cuello blanco, es la receta perfecta para la continuación y el agravamiento de los problemas sociales y económicos de una nación, un círculo vicioso que hay que romper.

2.3.2 El foro especial de enjuiciamiento

Otro factor que contribuye sustancialmente a la impunidad de los criminales de cuello blanco es la existencia en el sistema judicial brasileño el llamado

foro privilegiado, que es la designación de un tribunal específico para juzgar ciertas autoridades. De acuerdo con la Constitución brasileña, art. 101, son procesados y juzgados directamente por el Tribunal Supremo si cometen delitos comunes el presidente y vicepresidente de la República, los miembros del Congreso, Ministros de Estado, Ministros de las Cortes Superiores, el Procurador General de la República y los jefes de misión diplomática. Agregándose todas las autoridades sometidas a algún tipo de foro especial para enjuiciamiento en Brasil, son más de 22.000 personas. Un estudio realizado por la Cámara de Diputados de Brasil examinó los sistemas judiciales de los Estados Unidos, Argentina, España, Francia, Italia, Portugal, Venezuela, Chile, Perú, Colombia, México, Austria, Alemania, Suecia y Noruega, y llegó a la conclusión de que «nenhum país estudado previu tantas hipóteses de foro privilegiado como a Constituição brasileira de 1988» (TAVARES FILHO, 2015, p. 11).

El «foro especial», inicialmente pensado para cubrir la posición y la función realizada por dichas personas, se ha convertido en sinónimo de impunidad en Brasil. Si en el juicio común, el proceso judicial penal ya, naturalmente, toma tiempo, en los tribunales, que no están debidamente equipados para los actos de investigación criminal y suelen estar sujetos a juicios colegiados y de más extensos ritos, el riesgo de prescripción (extinción el derecho de castigar el paso del tiempo) es enorme.

Según el Proyecto Supremo en Números, de la Fundación Getulio Vargas, «de 404 ações penais concluídas entre 2011 e março de 2016, 276 (68%) prescreveram ou foram repassadas para instâncias inferiores porque a autoridade deixou o cargo. A condenação ocorreu em apenas 0,74% dos casos» (FALCÃO, 2017, p. 9). La tasa de eficacia en los procesos penales de autoridades sujetas a la jurisdicción especial en el Tribunal Supremo es inferior al 1%. Como el informe también producido por la Fundación Getulio Vargas (FALCÃO, 2014), hay 2.897 investigaciones y 485 procesamientos en curso en el Tribunal Supremo para investigar los crímenes cometidos por las autoridades y para someterse a la jurisdicción especial. Tengamos en cuenta que el Tribunal Supremo es un tribunal constitucional con la tarea de ser el guardián de la Constitución y ejercer el control concentrado de constitucionalidad, pero se está convirtiendo en una forma transversal, en una «Sala de lo Penal» sin tener los conocimientos y la estructura a la vez.

Si sólo hubo hasta ahora un juzgamiento criminal de repercusiones políticas, como el «mensalão», que ha sido manejado durante siete años, qué esperar de una investigación con el alcance de la «Operación Lavado de Autos», que llega a más de un centenar de políticos con privilegios especiales.

Esta es la consecuencia nociva de la creación de una casta especial de funcionarios públicos que no están sujetos al mismo foro de juzgamiento criminal que el ciudadano común. Es incompatible con el principio republicano en su práctica, que debe ser revisado, con el propósito de reducir el «costo-beneficio» de los corruptos.

3 La Operación «Lavado de Autos»

3.1 El cambio de paradigma

La triste historia de la impunidad endémica para los delitos de cuello blanco en Brasil, es el resultado de una cultura cultivada desde los primeros días de la nación, y que comienza a cambiar a principios del siglo XXI, en razón principalmente de dos factores: 1) el juzgamiento del «mensalão» (escándalo de las mensualidades) y 2) la Ley de colaboración premiada.

El llamado «mensalão» (escándalo de las mensualidades) fue un gran escándalo de corrupción investigado en los años 2005 a 2013, representado por la compra de apoyo político por parte del gobierno de Lula a los parlamentarios del Congreso Nacional. Parlamentarios recibieron «sobornos» mensuales de emisarios del poder ejecutivo a cambio de apoyo político y voto favorable de los proyectos de interés del Gobierno.

El Fiscal General de la República, en 2006, denunció al Tribunal Supremo a 40 personas por delitos de corrupción, organización criminosa, lavado de dinero, mala administración y evasión de impuestos. La investigación criminal ha descubierto tres secciones de actuación: política, financiera y de publicidad. El núcleo político ha involucrado altos funcionarios de la República (Jefe de Gobierno Civil de la Casa de Presidencia, miembros del Parlamento, los presidentes de partidos políticos), mientras que en las secciones financieras y de publicidad de la organización criminosa habría personas menos conocidas, que se encargaron de la parte operativa del esquema, simulación de contratos de publicidad y entrega de dinero en efectivo a los políticos, proporcionando el lavado de los recursos malversados.

Al inicio del proceso judicial nadie creía en la condena de los políticos. Hay un adagio brasileño que representa la impunidad: «todo va a terminar con una pizza». En verdad, se pensó que la «pizza de la impunidad» estaba en el horno. Pero el Tribunal Supremo, a pesar de todas las presiones contrarias, ejerce su función de forma independiente. Después de años de tramitación de la acción procesal, el Tribunal Supremo, a finales de 2012, condena a 24 personas por esos delitos. Aunque tales convicciones han sido una sorpresa por la cultura de impunidad y de un sistema judicial intrincado, que alarga la acción procesal (el juicio duró ocho años) y favorece la extinción de la condena por el paso del tiempo, también es cierto que el Tribunal Supremo ha reservado penas más severas para los operadores financieros del plan criminal. Las altas autoridades políticas denunciadas, y algunos del mismo partido político del entonces presidente Lula, tuvieron condenas leves o fueron absueltos. El operador financiero del régimen, Marcos Valério, fue condenado a más de 40 años en cárcel, más una multa de casi R\$ 3.000.000,00 (tres millones de reales). Este juzgado se conoce como un «punto exterior de la curva» en el sistema judicial brasileño, tan acostumbrados a lo que los brasileños están a la impunidad de los delincuentes de cuello blanco.

La imagen en televisión de los poderosos políticos yendo a las cárceles para cumplir pena privativa de libertad, en 2013, fue casi una nueva y simbólica proclamación de la República. El brasileño comenzó, después de muchos años, a creer que, de hecho, hay igualdad ante la ley. Pero eso fue sólo el principio.

En el mismo año que terminó en el Tribunal Supremo el juzgamiento del «Caso Mensalão», el Congreso Nacional aprobó la Ley n. 12.850/13, que regula la investigación criminal contra las organizaciones criminales y las técnicas especiales de investigación, como grabación de imágenes o sonidos, monitoreo de teléfono, acción controlada, infiltración de agentes y colaboración premiada. En poco tiempo, esta ley serviría para investigar a varios de los miembros del propio Congreso Nacional involucrados en varios hechos de corrupción.

El art. 4 de la Ley n. 12.850/13 tiene la siguiente redacción:

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

La nueva ley trajo la posibilidad de concesión de beneficios legales, tales como la reducción de penas o el perdón judicial, para investigados que ayudaran en la investigación, con identificación de la participación de otras personas involucradas en los crímenes, y también mediante la reparación del daño causado y la devolución de los recursos desviados.

Junto a todo este contexto anterior, en julio de 2013, los fiscales federales y la Policía Federal comenzaron a investigar a un operador en el mercado de cambio no oficial, comúnmente involucrado en actividades de lavado de dinero, llamado Alberto Youssef. La investigación empezó con escuchas telefónicas y rastreo financiero. En el curso de la investigación se descubrió que Youssef había adquirido un vehículo de lujo, un Land Rover Evoque, para el Director de Abastecimiento de Petrobras, Paulo Roberto Costa. Después de profundizar

en las investigaciones y reunir pruebas de la participación de ambos en los delitos de lavado de dinero y corrupción, se desencadenó el 17 de marzo de 2014, la primera fase de la «Operación Lavado de Autos» (MPF, 2017a), con la emisión judicial de 81 órdenes de registro, 28 órdenes de detención y 19 tienen órdenes de bloqueo de activos en 17 ciudades de seis estados brasileños y en el Distrito Federal. La investigación fue bautizada con ese nombre («Lava Jato» o «Lavado de Autos») porque uno de los agentes no oficiales de cambio de dinero practicaba actos de lavado de dinero a través de una estación de gasolina en Brasilia que tenía lavado de vehículos.

Durante el cumplimiento de estas medidas hubo un hecho insólito que con el tiempo ha contribuido enormemente al éxito de la «Operación Lavado de Autos». Una de las direcciones donde había orden de registro a ser cumplida fue en la compañía Global Costa, entonces propiedad del ex director de Petrobras, Paulo Roberto Costa. Policías federales fueron a la empresa y volvieron a la residencia de Paulo Roberto para buscar las llaves de la compañía, que estaba cerrada. Mientras tanto, Paulo Roberto Costa y familiares fueron a la empresa para retirar varios documentos y pruebas de los crímenes. Este movimiento se registró en el edificio por el circuito cerrado de videovigilancia en el que se encontraba el establecimiento. Los investigadores se movieron rápidamente y tres días después, el 20 de marzo de 2014, Paulo Roberto Costa fue detenido y abrieron una investigación específica contra su familia por el delito de obstrucción a la investigación del crimen organizado, delito que está en la Ley n. 12.850/13, ya mencionada anteriormente.

En esta fase inicial se incautaron más de 80.000 documentos, equipos informáticos y teléfonos móviles. Se reunió un enorme volumen de pruebas de la corrupción en Petrobras bajo el período en que Paulo Roberto Costa era director.

Fue entonces que los dos factores enumerados al principio de este capítulo (juzgamiento del escándalo de las mensualidades y la ley de colaboración premiada) se entrelazaron para ayudar en la Operación Lavado de Autos, permitiendo que la investigación consiguiera lo antes completamente inimaginable en la tierra de la impunidad de los crímenes de cuello blanco. Es que Paulo Roberto Costa se encontró completamente sin opciones. Los organismos de investigación habían reunido pruebas abrumadoras de su participación en actos de corrupción y lavado de recursos derivados de Petrobras. Además, su familia se convirtió en el objeto de investigaciones por tratar de ocultar las pruebas y documentos. Después de unos meses en la cárcel, Paulo Roberto Costa recordó la situación del operador financiero Marcos Valério, que había sido condenado por más de 40 años de prisión por el escándalo del «mensalão», mientras que las altas autoridades políticas habían recibido sanciones más leves o incluso habían sido absueltas. Se dio cuenta de que su silencio sería lo único en su perjuicio y que podría convertirse en un «nuevo Marcos Valerio», y amargarse durante

décadas en prisión, mientras que los demás beneficiarios del régimen podrían quedar impunes, resolvió espontáneamente buscar los fiscales federales para entrar en un acuerdo de colaboración y así obtener los beneficios legales previstos por la Ley n. 12.850/13, que regula la colaboración premiada.

En el acuerdo de colaboración firmado por Paulo Roberto Costa, él se compromete a: a) devolver los sobornos que había recibido en el extranjero, incluidos los recursos guardados; b) confesar todos los crímenes que cometió; c) indicar la participación de otras personas involucradas en los crímenes y los beneficiarios de los recursos desviados, especialmente los políticos de alto nivel. De acuerdo con las cláusulas del término de acuerdo (ACORDO, 2015), el interés público es atendido con la asignatura del acuerdo en razón de la «necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros criminosos e ampliar a aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro, crimes de lavagem de dinheiro e crimes praticados por organizações criminosas» (ACORDO, 2015), todas relacionadas con la estatal Petrobras.

El acuerdo de colaboración involucró la propuesta de concesión de los siguientes beneficios a Paulo Roberto Costa y su familia (en la investigación de obstrucción de las investigaciones): detención en cárcel por dos años, dos años de detención domiciliaria y suspensión de nuevas investigaciones sobre temas en los que no había una línea de investigación en la fecha del acuerdo. A cambio, Paulo Roberto Costa regresó al Estado alrededor de US\$ 26 millones, que tenía en *offshores* en el Caimán y Suiza, acordó pagar 5 millones de reales como reparación civil, devolvió muchos bienes adquiridos con recursos apropiados indebidamente de Petrobras (barcos, coches de lujo, bienes) y se comprometió a aclarar cada uno de los esquemas criminales de los que participó. El detalló la participación de los demás agentes corruptos, apuntando la estructura jerárquica de la organización criminal y la división del trabajo, así como la indicación objetiva a los investigadores de evidencias de los crímenes.

El testimonio de Paulo Roberto Costa fue devastador. Se llevó directamente a decenas de políticos como beneficiarios del régimen de soborno en Petrobras: tres gobernadores, diez senadores y al menos catorce diputados, lo que lleva al Fiscal General de la República a abrir investigaciones ante el Tribunal Supremo en contra de diversas autoridades de la República.

En su testimonio, explicó que se trataba de un empleado de carrera de Petrobras desde 1977 y fue, con el tiempo, aumentando a los niveles más altos dentro de la estructura de la empresa. Pero, debido a que es una empresa del Estado brasileño, para llegar a la codiciada posición de director sólo sería posible a través de patrocinio político. En el año 2004 hasta el año 2012 Costa obtuvo el apoyo de los diputados del Partido Progresista (PP) para ser nombra-

do Director de Abastecimiento de Petrobras. A cambio de este apoyo político, comenzó a ser buscado por los políticos en busca de dinero para financiar campañas políticas y pago de soborno. El periodista Vladimir Netto, quien escribió un libro sobre la «Lava Jato», explica así la estructura del plan criminal:

[...] uma vez indicado pelo PP, Costa revelou que passou a ser procurado para prover o PP, o PMDB e o PT, em diferentes momentos, com dinheiro dos cofres da Petrobras. Se não atendesse aos pedidos, isso significaria sair do cargo para entrada de outro. [...] Não era só isso. Segundo Paulo Roberto, as poucas empresas com porte e capacidade técnica para tocar grandes obras no Brasil, o chamado “Clube das 16”, haviam criado um cartel para fraudar as bilionárias licitações da Petrobras. Elas se reuniam em São Paulo ou no Rio e decidiam quem ficaria com cada uma das obras e cada contrato e qual seria o percentual desviado para o pagamento de propina. (NETTO, 2016, p. 65).

La existencia de corrupción en el sector público en Brasil siempre ha sido un hecho bien conocido, pero las pruebas siempre han sido difíciles de obtener, pues las negociaciones ilícitas siempre se ejecutan de forma velada, cerrada y camuflando los entornos de los contratos administrativos. Porta (2001) explica que la corrupción es un delito que por lo general es de ambas partes, dónde tanto el sector público y como el privado ganan, en perjuicio de la población general. El empresario que pagó sobornos no reduce el beneficio esperado. Por el contrario, por lo general súper factura contratos o productos de compra por encima del valor medio de mercado, incluyendo los costes de la corrupción al coste del contrato entre las partes. Como resultado, ni el hombre de negocios ni el político tienen interés en denunciar la corrupción, una vez que no hay extorsión sino acuerdo entre los involucrados. La víctima del delito, como sabemos, es el contribuyente y el daño es difuso en toda la sociedad, que termina pagando más por los servicios de menos calidad.

Sin embargo, en «Operación Lavado de Autos», resulta que a partir de la colaboración espontánea de un alto oficial de Petrobras íntimamente involucrado con los esquemas de malversación fue posible para los investigadores entender y obtener elementos y pruebas de la corrupción, antes oculta e impune. Esto sólo fue posible gracias al mecanismo de la colaboración premiada y al «efecto Marcos Valério», lo que significaba una luz al final del túnel contra la impunidad endémica en Brasil. La colaboración de Paulo Roberto Costa demostró cómo la corrupción se institucionalizó en Petrobras y otras agencias estatales. Aquellos que no entraron en el plan criminal simplemente fueron excluidos de las posiciones de poder y decisión en la empresa pública. Si el contrato público o empresa no estaba dispuesto a operar a través de sobreprecio y el pago de sobornos, no recibieron pago de los servicios contratados con Petrobras y terminaron fuera de los contratos futuros. En promedio, el 3% del valor de cada contrato se destinaba

al pago de sobornos a políticos, partidos, directores de la compañía y a los operadores del lavado de dinero. Para tener una mejor idea de la magnitud del daño causado por la corrupción y los valores desviados, tengamos en cuenta que Petrobras es una de las compañías más grandes del mundo, con contratos que superan los mil millones de reales. De acuerdo con la firma de auditoría PwC (2016), en 2009 Petrobras fue la 17ª compañía más grande en el mundo, con un capital de US\$ 123 mil millones. En 2016, cayó a un capital de US\$ 35 mil millones.

Al final de la colaboración de Paulo Roberto Costa, los investigadores de la «Operación Lavado de Autos» se dieron cuenta de que este era uno de los esquemas más grandes del mundo de corrupción y que la investigación podría durar años. Después de la aprobación del acuerdo de colaboración de Paulo Roberto Costa, la «Operación Lavado de Autos» fue acelerando las investigaciones como un *tsunami*, devastando por completo la escena política y los negocios espurios en vigencia, lo que lleva a la responsabilidad judicial y detención de varios funcionarios públicos, políticos, hombres de negocios y empresarios. Las cantidades de recursos que se recuperan son inimaginables.

En la «Operación Lavado de Autos» no hay pronóstico hasta el final, pero a principios de 2017, el saldo de las investigaciones tiene el siguiente cuadro (MPF, 2017b):

a) 1434 procedimientos iniciados; b) 751 órdenes de registro; c) 202 interrogatorios; d) 92 órdenes de detención; e) 101 custodias temporales; f) 6 detenciones en el acto, g) 183 solicitudes de cooperación internacional, incluyendo 130 órdenes activas para 33 países y 53 aplicaciones pasivas con 24 países; h) 155 acuerdos de colaboración premiada con personas físicas; i) 10 acuerdos de lenidad y un término de ajuste de conducta firmados con empresas; j) 59 acusaciones criminales contra 267 personas; k) 27 condenas por delitos de corrupción, delitos contra el sistema financiero internacional, tráfico internacional de drogas, organización criminal, lavado de dinero, entre otros; l) 7 acciones civiles de corrupción contra 38 individuos y 16 empresas, con las demandas de indemnización de R\$ 14,5 billones de reales; m) la cantidad total de solicitud de reembolso: R\$ 38,1 mil millones; n) 131 condenas penales por un total de 1.377 años en cárcel; o) R\$ 10,3 billones se recuperó a través de acuerdos de colaboración.

Sólo para tener una mejor idea de lo que es la «Operación Lavado de Autos» para la lucha contra la corrupción en Brasil, es necesario tener en cuenta que en la estructura del Poder Ejecutivo Federal existe un organismo encargado de centralizar y controlar la repatriación de lo desviado y lo enviado de los recursos públicos en el extranjero. Este es el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional de Ministerio de Justicia. Durante un período de diez años de actuación del departamento antes de la «Operación Lavado de Autos», fueron repatriados desde el exterior la cantidad

aproximada de R\$ 40 millones (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2013). Esta cantidad resulta ser insignificante ante la magnitud de R\$ 10,1 mil millones recuperada en «Operación Lavado de Autos» como consecuencia de acuerdos de colaboración premiada firmados con investigados.

Una investigación de esta grandeza ha generado un terremoto político sin precedentes, ya que llegó a la prominencia de las figuras en la escena política brasileña, como diputados federales, senadores, ministros de Estado y hasta el presidente y ex presidentes de la República. Se puede decir con seguridad que la investigación ha contribuido, aunque de forma involuntaria, al entorno político inestable que culminó con la destitución de la entonces presidente Dilma Rousseff, en el año 2016. En el mismo año, el entonces Presidente de la Cámara de Diputados Eduardo Cunha fue denunciado por corrupción y blanqueo de fondos malversados de la Petrobras, fue retirado de la presidencia de la Cámara Legislativa, que había revocado su mandato y fue arrestado. El senador y líder del gobierno Delcídio do Amaral, entonces líder del gobierno en el Senado, fue detenido mientras que en su oficina trataba de obstruir la investigación de la «Operación Lavado de Autos» y también perdió posteriormente su mandato.

En cada nuevo acuerdo de colaboración firmado con la Fiscalía Federal de Brasil, ya se han firmado más de un centenar en la primera instancia en el Tribunal Supremo, nuevas revelaciones de esquemas criminales vienen a luz y más políticos son investigados por su participación en actos de corrupción. Acostumbrados a un ambiente relajado éticamente y estimuladas por un «instinto de supervivencia», muchos políticos investigados comenzaron a articular iniciativas legislativas para socavar el potencial de las investigaciones. La clase política vive momentos de tensión y conflagración con la Fiscalía y la Justicia.

En Italia, que dos décadas antes había pasado por una situación similar con la «Operación Manos Limpias», este ataque legislativo sobre los investigadores también se produjo y de esta experiencia se pueden extraer lecciones para asegurar la continuidad y el éxito de la «Operación Lavado de Autos», con sus consecuencias beneficiosas para el país. Lo que está en juego, después de todo, no es sólo una investigación de un caso de corrupción, sino el cambio en una realidad de impunidad centenaria a los delitos de cuello blanco, que animan a los actos de corrupción en todos los ámbitos del Poder Público, incluyendo y alimentando una cultura de connivencia con pequeños actos de corrupción. Hasta el ciudadano actúa hipócritamente cuando critica la clase política por la corrupción rampante, pero practica pequeños actos de corrupción, tales como la presentación de certificado médico falso para justificar las ausencias del trabajo, adquiere productos falsificados o soborna al agente de tránsito para evitar multas, entre otras. La intolerancia a los actos de corrupción, no importa la gravedad, debe ser cero. Si no hay una confrontación sistemática y adecuada, la corrupción tiende a extender sus tentáculos.

3.2 La experiencia de Italia: «Operación Manos Limpias»

Deja-vú. Parece que Brasil está reviviendo, hoy en día, lo que Italia experimentó hace dos décadas. El juez federal Sergio Fernando Moro, responsable del juzgamiento de la «Operación Lavado de Autos» publicó, en 2004, un texto (MORO, 2004) con un análisis de la investigación italiana. En su texto casi profético, afirma que «en Brasil están presentes las condiciones institucionales necesarias para la realización de una demanda similar». En efecto, más de diez años después de la publicación de su artículo sería el protagonista de «Operación Manos Limpias» en Brasil.

A principios de los años 90, Italia se vio inmersa en un ambiente sistemático de corrupción, con el pago generalizado de sobornos a los líderes políticos, la financiación ilegal de los partidos políticos, participación de los grandes grupos de empresas en el sobreprecio y el desvío de recursos de contratación pública y el lavado de dinero. El mismo guión de la «Operación Lavado de Autos» en Brasil. El Estado italiano nunca hubiera reconocido oficialmente la existencia de organizaciones mafiosas.

Según ha informado Moro (2004, p. 58), la «Operación Manos Limpias» fue provocada por la detención de Mario Chiesa por soborno exigido a razón de posición en la administración pública italiana, que ocupaba por indicación del Partido Socialista Italiano. El encarcelamiento de Chiesa con una cantidad equivalente a cuatro mil dólares americanos abrió la puerta a una investigación masiva en la corrupción que culminó en el bloqueo de más de ocho mil millones de dólares en cuentas bancarias, bienes y bonos. Algún tiempo después de su detención en Milán, reconoció las evidencias de su participación en los crímenes. Mario Chiesa comenzó a contar detalles del régimen de pago de soborno en el gobierno, que estaban destinados a políticos y partidos. Chiesa mantuvo estrechas relaciones con el líder del Partido Socialista, Bettino Craxi, lo que llevó a los investigadores la evidencia de las relaciones corruptas de políticos de Milán. Reconociendo que no había otra alternativa y que la impunidad ya no era una opción viable, uno tras otro, muchos de los involucrados comenzaron a cooperar con la investigación. El delito de corrupción es un delito cuyas consecuencias son bastante claras, pero difíciles de probar, se practica de manera oculta, en la comodidad de los gabinetes. Sin embargo, cuando las personas involucradas en la estructura de la organización criminal comienzan a cooperar, se genera un efecto positivo y cae el castillo de arena. Sin alternativa, los demás implicados comienzan a cooperar con el fin de obtener beneficios penales. Conscientes de que los jueces tenían acceso a una masa creciente de información, los investigados empezaron una serie de confesiones.

En unos pocos años de investigaciones, seis ex primeros ministros, y más de quinientos miembros del Parlamento italiano y miles de empresarios, bu-

rócratas y funcionarios públicos fueron objeto de acusaciones de corrupción y malversación de fondos públicos.

A pesar del éxito de la operación, hubo una fuerte presión legislativa para obstruir las investigaciones. El gobierno del entonces primer ministro Giuliano Amato trató, en 1993, de despenalizar la realización de donaciones ilegales a los partidos políticos. La reacción negativa de la opinión pública, con huelgas y manifestaciones, fue crucial para evitar la amnistía (MORO, 2004, p. 57). Sin embargo, otros intentos legislativos tuvieron éxito. En 1994, el nuevo primer ministro, Silvio Berlusconi, que escapó de las investigaciones, prohibió la prisión por algunos delitos antes del juzgamiento, incluida la corrupción. Hubo incluso el riesgo de dimisión colectiva del equipo de investigadores, con motivo de la presión externa contra las investigaciones. Incluso en fechas más recientes, ha habido en Italia el impulso a la adopción de normas que dificultan la lucha contra la corrupción, con el apoyo de sectores de la clase política. En 2008 el Gobierno Berlusconi intentó crear una ley que permitiría las escuchas para las investigaciones sobre el crimen organizado y el terrorismo, pero no para los delitos de corrupción. En la ocasión, Antonio Di Pietro, ex magistrado responsable por la famosa operación *Mani Pulite* dijo que:

con la ley que propone Berlusconi, la operación Manos Limpias habría nacido y muerto en unos instantes. A Mario Chiesa lo detuvimos en delito flagrante, es cierto, pero sólo porque tenía el teléfono pinchado. Y lo mismo ha ocurrido con todos los demás después de él. (EL PAÍS, 2008).

A pesar de que hubo una investigación sin precedentes en la historia, con resultados espectaculares, el legado de la operación en Italia sigue obstaculizada porque, mientras que a los funcionarios corruptos se les ha prohibido ejercer la vida pública, las causas estructurales de la corrupción se mantuvieron en vigor en Italia, incluyendo la impunidad de los políticos estimulada por leyes aprobadas por ellos mismos. Holanda (1995, p. 178) ha dicho con razón que

[...] a experiência já tem demonstrado largamente como a pura e simples substituição dos detentores do poder público é um remédio aleatório, quando não precedida e até certo ponto determinada por transformações complexas e verdadeiramente estruturais na vida da sociedade.

Vannucci (2009, p. 233) argumenta que, incluso después de la «Operación Manos Limpias», la corrupción política sigue siendo sistémica en Italia debido al fracaso en las políticas contra la corrupción, la aprobación de algunas medidas potencialmente favorables contra la corrupción y la persistencia de las estructuras gubernamentales indulgentes y sin *compliance*. Y sin duda, la ineficacia de los mecanismos de aplicación de la ley refuerza las expectativas de impunidad de los agentes y organizaciones criminales.

Vannucci (2009, p. 254) dice que después de la «saturación» del tema de la corrupción en los medios de comunicación italianos y el ascenso al poder del magnate Silvio Berlusconi, que tuvo gran influencia en los medios de comunicación, logró aprobar diversas medidas legislativas que, en vez de luchar, estimularon la corrupción: a) la Ley 367/2001 – restringe la admisibilidad en los procesos penales de las pruebas obtenidas en el extranjero; b) Ley 61/2002 – reforma en derecho corporativo, la despenalización de contabilidad falsa; c) Ley 248/2002 – transferencia de procesos penales de un tribunal a otro en caso de «sospecha legítima» de falta de imparcialidad; d) Ley 140/2003 – la inmunidad para los ocupantes de las cinco posiciones más importantes en el Gobierno, incluyendo el Primer Ministro, así como la necesidad de autorización del Parlamento para la investigación en contra de los miembros del Parlamento; e) Ley 251/2005 – la reducción de los plazos de prescripción de varios delitos, entre ellos la corrupción; f) Ley 46/2006 – incapacidad del Ministerio Público de apelar en contra sentencias absolutorias dictadas en casos de corrupción; g) Ley 241/2006 – indulto parcial, reducción de 3 años para las sanciones por corrupción practicadas hasta el 2 de mayo de 2006; h) Ley 124/2008 – la inmunidad para los cuatro puestos más importantes del Gobierno.

El autor concluye su visión del legado de la «Operación Mani Pulite» con las siguientes constataciones (VANUCCI, 2009, p. 262):

The mani pulite inquiries, it now seems, had only a short-term impact on corruption. The overemphasis on the role of magistrates, to whom civil society after 1992 delegated the task of renewing the political class and purifying the whole system, turned out to be a boomerang. Its political legacy has been an escalation of institutional tensions between political powers [...] and the judiciary [...] The mani pulite inquiries courageously exposed, but could not solve the issue of widespread corruption in Italy. An enduring improvement in the quality of public ethics would have required the specific interest and consequent action of leading political actors, or strong and enduring social support for an anti-corruption agenda. Neither condition, however, has ever been realised.

En Brasil, por desgracia, existe el riesgo de que la historia se repita. Durante el curso de las investigaciones y cerrando el cerco a los políticos implicados en corrupción, los diputados comenzaron a articular la aprobación de una ley para amnistiar a la práctica de la financiación ilegal de los partidos políticos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016). En la práctica sería una amnistía para los crímenes cometidos en el marco de la «Operación Lavado de Autos». El proyecto de ley no pasó con motivo de la fuerte presión popular que fue contraria y amplificada por los ciudadanos que quieren transparencia y manifiestan su voluntad a través de las redes sociales, que han revolucionado la forma en la que la población participa en asuntos políticos importantes. Del mismo modo, en noviembre de 2016, la Cámara de Representantes, imbuidos del espíritu de venganza por las investigaciones contra varios legisladores aprobaron en la oscuridad de la noche

un proyecto de ley que establece la caracterización de los delitos de abuso de autoridad y el establecimiento de sanciones a los jueces y fiscales, creando el llamado crimen de interpretación. Hay la comprensión de que la aprobación del proyecto de ley es una la venganza y ataque contra la «Operación Lavado de Autos» y los investigadores amenazaron con dimisión colectiva. En ese momento, el Fiscal Carlos Fernando, responsable por la «Operación Lavado de Autos», dijo:

Fica claro com a aprovação desta lei que a continuidade de qualquer investigação sobre poderosos, sobre parlamentares, sobre políticos, cria riscos pessoal para os procuradores. Nesse sentido, nossa proposta é de renunciar coletivamente caso essa proposta seja sancionada pelo presidente. (O GLOBO, 2016).

En investigaciones de esta magnitud, que golpean las estructuras de corrupción acostumbradas a canalizar recursos ilegales a políticos poderosos, la presión por la impunidad es intensa. Pero cuando la ley es de hecho aplicada, los resultados son favorables a la sociedad. En Italia, después de la desintegración del esquema de la oposición a la «Operación Manos Limpias», el registro de una serie de contratos públicos fue galardonado con precios 50% más bajos que en años anteriores, antes de las investigaciones.

3.3 Atacando las causas estructurales de la corrupción: las propuestas de cambio en el sistema de justicia (10 medidas contra la corrupción)

Un ambiente con altos niveles de corrupción florece en un sistema judicial ineficiente y con una cultura de connivencia con dichos actos. El sentido común de la población sugiere que el acto de tomar ventaja, incluso ilícitamente, es algo positivo. En Brasil, esta cultura se llama «jeitinho brasileiro». Philip Heymann (1996, p. 323), para abordar la cuestión, afirma que, para entender el problema que enfrenta una democracia en la lucha contra la corrupción, hay que imaginar una situación muy favorable a los actos ilegales, lo que llevaría a la tentación al hombre honesto. Por lo tanto, el autor describe un entorno en que el pago de sobornos es extremadamente rentable y de bajo riesgo de ser detectado por los órganos de control y de una atmósfera en la que la persona que se niega a tal oportunidad es considerado como tonto. Es decir: la inteligencia vale más que el honor y la honestidad, en una reversión completa de valores. De hecho, lo correcto sería que los ciudadanos sintieran el deber moral de no aceptar un soborno, pues la corrupción en casi todas las naciones es penalizada. Para superar esta barrera moral, debe estar presente lo que Heymann llama «*solvent of conscience*», que minimiza la gravedad de la corrupción (1996, p. 331):

[...] that would be an atmosphere in which everyone believed that loyalty was for fools, that everyone took what they could get, and that one deserved ridicule more than praise for turning down an opportunity to enrich one's self in an official capacity. In addition, conscience

pangs may be reduced by a plausible argument that the particular type of payment would not really influence one's decision, that the decision did not really matter, or that accepting money on this occasion fell into an exception to the rules about bribes.

Para tratar adecuadamente el problema de la corrupción, debemos arrojar luz sobre las acciones realizadas en las sombras. El Ministro del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, Louis Brandeis, acuñó una frase que se hizo famosa: «publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman» (BRANDEIS, 1913, p. 10). La forma de combatir la corrupción con eficacia implica la adopción de estrategias para que sea más visible para los ciudadanos, lo que generará la aversión a la opinión pública. Lo que los implicados en la corrupción desean es mantener todo en secreto, lejos de los ojos de la población. En ese momento, una prensa libre e investigativa también es clave.

Robert Klitgaard (1988, p. 75) enseña que la conducta ilícita prospera cuando el funcionario público tiene el poder de monopolio, la discreción y la falta de rendición de cuentas. El resume su comprensión en la siguiente ecuación: *Corrupción = Monopolio + Discreción – Rendición de cuentas*. Mejorando el concepto de Klitgaard, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2016) define corrupción con base a la siguiente ecuación: *Corrupción = (Poder monopolístico + Discreción) – (Rendición de cuentas + Integridad + Transparencia)*.

Por lo tanto, la lucha eficaz contra la corrupción requiere el desarrollo de estrategias y medidas que permitan la rendición de cuentas, la integridad y la transparencia en la gestión de los recursos públicos. Heymann, basado en sus experiencias en la lucha contra la corrupción³, sostiene que es necesario que haya un conjunto de estructuras políticas e institucionales para apoyar las actividades de prevención y represión en la lucha contra la corrupción. En este contexto, se enumera cuatro condiciones para el éxito en esta parte (HEYMANN, 1996, p. 334):

1. The necessary substantive laws defining illegal conduct and the necessary laws creating preventive measures, such as a rule requiring sealed bids of forbidding ex parte meetings with judges;
2. The needed management, auditing, and investigative powers to find out if the substantive laws are being complied with;
3. The necessary organizational structures to carry out the enforcement of the laws; and
4. Sufficient popular political support for attacking corruption to induce elected leaders at high enough level to tackle it i.e., to carry out the previous

3 Philip Heymann atuou no caso Watergate, foi US Deputy Attorney General, bem como desenvolveu trabalhos na área de combate à corrupção na Guatemala, Peru, Irlanda do Norte, Palestina, África do Sul e Rússia. Biografia na página web da Harvard University: <<http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10390/Heymann>>.

steps: a) general public outrage over corruption; and b) threat of media or legislative disclosure of whatever corruption is ignored or covered up.

Se puede decir que Brasil está pasando por este proceso en este momento, la presión de ambos lados, contra la corrupción – por el Ministerio Público, la Policía, la Justicia, la población y la libertad de prensa – y en favor del *status quo* – por los beneficiarios de las tramas de corrupción en el sector público y privado.

Consciente de los problemas relacionados con la impunidad de los crímenes de cuello blanco en Brasil, las dificultades presentadas en el sistema de justicia, y también teniendo en cuenta la experiencia italiana en la que han tenido la aprobación de leyes que dificultaron en gran medida las investigaciones contra la corrupción, el grupo de trabajo de la «Operación Lavado de Autos», presentó una serie de propuestas legislativas para satisfacer a todas las citaciones de Heymann: leyes que definen la conducta ilegal, medidas preventivas, auditoría, integridad, técnicas de investigación y adecuación de las estructuras de gobierno para la lucha eficaz contra la corrupción.

A este conjunto de propuestas legislativas se le dio el nombre de «diez medidas contra la corrupción». Las propuestas incluyen los siguientes temas: 1) prevención de la corrupción, transparencia y protección de la fuente de información; 2) penalización del enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos; 3) el aumento de las penas y definición de corrupción de altos valores como crimen grave; 4) eficiencia de los recursos en el proceso penal; 5) velocidad en las acciones civiles de combate a la corrupción; 6) reforma en el sistema de prescripción penal; 7) ajustes en las nulidades criminales; 8) rendición de cuentas de los partidos políticos y la penalización de «caja 2» (donaciones no oficiales a los partidos políticos); 9) prisión para asegurar la devolución del dinero malversado; 10) recuperación de los beneficios derivados de la delincuencia.

Las propuestas se presentaron en marzo de 2015 al Fiscal General de la República y desde allí comenzaron una campaña publicitaria para el público y la recogida de firmas populares para presentar tales temas como proyecto de ley ante el Congreso Nacional, de acuerdo con los requisitos de la Constitución de Brasil:

Art. 61, § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Un año más tarde, se recogen más de 2 millones de firmas de ciudadanos de todo Brasil, con el apoyo de más de 850 instituciones de la sociedad civil, incluidas las universidades, asociaciones, iglesias, organizaciones no gubernamentales, entre otros.

Después de que se hiciera el protocolo del documento en la Cámara de Representantes, el proyecto de ley n. 4850/2016 fue presentado y discutido en un comité especial para este propósito instalado. Durante los debates y audiencias en la Cámara de Representantes en 2016, algunos cambios se han incorporado a la mejoría de las propuestas legislativas, con la inclusión de otros temas de igual importancia.

En el informe final aprobado por la Comisión (CÁMARA DE LOS DIPUTADOS, 2016), entre varios temas que se incluyeron con el fin de mejorar la lucha contra la corrupción, de manera preventiva y represiva, y técnicas de investigación en Brasil, hay dos temas que vale la pena mencionar porque se relacionan con la justicia penal consensuada, que agrega eficacia en la lucha contra la corrupción, como hemos visto con la «Operación Lavado de Autos» y las colaboraciones premiadas. Éstos son el «acuerdo de lenidad» y el «acuerdo penal», que representan un avance en la efectividad del derecho penal contra la impunidad.

4 Reflexiones finales

Este trabajo tuvo como objetivo inicial analizar las causas y consecuencias de la corrupción en Brasil. A partir del diagnóstico realizado, es posible establecer posibles alternativas para superar el problema crónico, que trae tantas dificultades para el desarrollo del país. Como se ve, la cultura de connivencia con la corrupción asociada a una sensación general de impunidad llevó a un círculo vicioso en Brasil con retroalimentación de una conducta ilícita y el estímulo para el pago y cobro de sobornos en los negocios realizados entre el sector público y privado. Esta práctica reproducible genera pérdidas anuales que superan los centenares de mil millones de reales, con graves consecuencias desde el punto de vista económico. Téngase en cuenta que Brasil recientemente perdió la credibilidad internacional, con la pérdida de «grado de inversión» en los análisis llevados a cabo por las agencias de calificación (Fitch Ratings).

Este escenario sombrío sólo comenzó a cambiar con la modernización de la ley de procedimiento penal brasileño con respecto a la Justicia Penal, con especial énfasis en el mecanismo de la colaboración premiada. Con este instituto procesal, fue posible el desarrollo de la investigación criminal más robusta que se hizo en Brasil. La «Operación Lavado de Autos» desveló una compleja red de corrupción institucionalizada en el sector público brasileño, renovando la esperanza en la Justicia y en el fin de la impunidad para los delincuentes de cuello blanco.

Sucede que, según se ha explicado en el ejemplo de Italia, que vivió hace años la «Operación Manos Limpias», una investigación criminal, por más profunda que sea, no es suficiente para derrotar por completo las fuerzas políticas y económicas que se benefician de un sistema corrupto, y tomar el control de una República acostumbrada a hacer valer solamente el poder del dinero y la

corrupción en desafío a la ley. Aunque Italia ha tenido éxito en la investigación contra la mafia y los políticos, unos años más tarde se produjo una reacción en la rama legislativa del Estado, con un claro abuso de poder de legislar para la aprobación de leyes que otorgan inmunidad a los políticos involucrados en irregularidades, dificultando las investigaciones.

En Brasil, del mismo modo, el amplio éxito que hasta ahora obtiene «Operación Lavado de Autos» sólo puede ser perenne dando lugar a cambios estructurales en el país si se consolida por el cambio de la cultura, la intolerancia a los pequeños actos de corrupción, así como el castigo a ciertos criminales de cualquier cepa, pobres y ricos, poderosos o no. Para romper este círculo vicioso, es necesario mejorar cada día el marco legislativo con medidas para promover la lucha contra la corrupción, en beneficio de valores como la transparencia, la rendición de cuentas y la prevención de actos de corrupción. Por otro lado, la sociedad tiene que estar alerta para no permitir a los políticos que hagan pasar leyes contrarias a tales valores. Para ello hay que tener el compromiso y la participación efectiva en el debate democrático, amplificado por las redes sociales, que dan voz a todos.

En este contexto de medidas legislativas que pueden favorecer la lucha contra la corrupción, es de especial importancia para el fortalecimiento de la democracia las medidas relativas a la justicia penal negociada. Medidas consensuales adecuadas tales como la Ley de Colaboración Premiada que fueron esenciales para el éxito de las mega investigaciones como la «Operación Manos Limpias» en Italia y «Operación Lavado de Autos» en Brasil. En los Estados Unidos de América, la mayor democracia del mundo, como se ve, más del 90% de los casos penales se resuelven mediante *plea agreements*. A pesar de que estas instituciones no son inmunes a las críticas, lo cierto es que son eficaces y, si bien gestionadas a respecto a los derechos de los acusados, tienen un gran potencial para el éxito en la lucha contra la corrupción, ya que cambian el juzgamiento y el castigo cierto (Beccaria), disminuyendo drásticamente la sensación de impunidad.

En este sentido, las «10 medidas contra a corrupção», discutidas en el Congreso Nacional de Brasil, son la esperanza de consolidar este punto de inflexión histórico que el país necesita consolidar para ganar la lucha contra la corrupción y convertirse como una democracia con reconocimiento y respeto internacional. Brasil es grande no sólo en la población sino también en el poder económico (PIB). Sin embargo, es necesario que sea también un importante *global player* en la transparencia, en la lucha contra la corrupción, en el desarrollo humano y en el alto nivel de dignidad y calidad de vida para sus habitantes.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A. *Why nations fail*. Profile Books Edition. London, 2013.

ACORDO, 2015. Acordo de colaboração premiada. Disponible en: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>.

ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law & Contemporary Problems*. Num. 19-2, jan. 2010.

BANCO MUNDIAL, 2012. Disponible en: <<http://data.worldbank.org>>. Acceso en: 6 jul. 2016.

BANCO MUNDIAL, 2016. Disponible en: <<http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>>. Acceso en: 29 mar. 2016.

BARRANCO, Norberto J. de la Mata. La lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 18-01 (2016).

BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRANDEIS, Louis D. What publicity can do. *Harper's Weekly*, december 10, 1913.

CÂMARA DE LOS DIPUTADOS DE BRASIL, 2016. Disponible en: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acceso en: 20 mar. 2017.

DEPEN – Ministério da Justiça – Brasil. Disponible en: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acceso en: 15 jul. 2016.

EL PAÍS, 2008. Con esta ley la operación Manos Limpias no hubiera existido. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2008/06/10/internacional/1213048801_850215.html>.

FALCÃO, Joaquim. *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

FIESP, 2012. Relatório – Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. FIESP. Disponible en: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acceso en: 6 jul. 2016.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*. A history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO, 2016. Deputados querem aprovar anistia a alvos da Lava Jato sem deixar digital. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1834326-deputados-querem-aprovar-anistia-a-alvos-da-lava-jato-sem-deixar-digital.shtml>>.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada na Itália. In: *Temas Atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GARCÍA, David Martínez. La corrupción y su efecto retroalimentativo: una de las mayores amenazas a la democracia. *Letras Jurídicas*. Salamanca. Núm. 29 (Enero-Junio 2014). p. 107-118.

GOMES, Laurentino. *1808*. São Paulo: Planeta, 2007.

HEYMANN, Philip B. Democracy and corruption. *Fordham International Law Journal*, v. 20, issue 2, p. 323-343, 1996.

KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LANGWORTH, Richard (Editor). *Churchill by himself: the definitive collection of quotations*. New York: PublicAffairs, 2008.

MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco*. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

MIR, José Ricardo Sanchis; GENOVÉS, Vicente Garrido. *Delincuencia de cuello blanco*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987.

MPF, 2017a. Operação Lava Jato. Disponible en: <<http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato>>. Acceso en: 20 feb. 2017.

MPF, 2017b. Operação Lava Jato. Disponible en: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

NACIONES UNIDAS, 2016. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/es/content/elindice-de-desarrollo-humano-idh>>. Acceso en: 30 mar. 2016.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

O ESTADO DE SÃO PAULO, 2013: Brasil repatriou só R\$ 40 mi de R\$ 3 bi bloqueados. Disponible en: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-repatriou-so-r-40-mi-de-us-3-bi-bloqueados,1063931>>.

O GLOBO, 2016. Força-tarefa ameaça abandonar a Lava Jato se pacote anticorrupção for aprovado. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/forca-tarefa-ameaca-abandonar-lava-jato-se-pacote-anticorruptao-for-aprovado-20567498>>.

PNUD, 2016. Anti-corruption practice note. Disponível em: <<http://www.pogar.org/publications/finances/anticor/undp-ati04e.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

PORTA, Donatella Della. A judges' revolution? Political corruption and the judiciary in Italy. *European Journal of Political Research* 39: 1–21, 2001.

PWC, 2016. Global top 100 companies by market capitalisation. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies-2016.pdf>>.

ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001.

SENADO DE BRASIL, 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/17/aprovado-texto-base-do-orcamento-da-uniao-para-2016>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

SUTHERLAND, Edwin. White collar criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, 1940.

TAVARES FILHO, Newton. *O foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, 2015. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of 'Mani Pulite': a critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, p. 233-64, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.