



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL MEDEIROS DOS SANTOS

**A ADESÃO AOS MECANISMOS DE COMPLIANCE PELA LEI
DE LAVAGEM DE CAPITAIS E A “PRIVATIZAÇÃO DA
PREVENÇÃO CRIMINAL”**

Salvador
2018

RAFAEL MEDEIROS DOS SANTOS

**A ADESÃO AOS MECANISMOS DE *COMPLIANCE* PELA LEI
DE LAVAGEM DE CAPITAIS E A “PRIVATIZAÇÃO DA
PREVENÇÃO CRIMINAL”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Thais Bandeira Oliveira
Passos

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL MEDEIROS DOS SANTOS

**A ADESÃO AOS MECANISMOS DE *COMPLIANCE* PELA LEI
DE LAVAGEM DE CAPITAIS E A “PRIVATIZAÇÃO DA
PREVENÇÃO CRIMINAL”**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A José Rafael.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Eluisa e José, por desde sempre acreditarem em mim e estarem ao meu lado em todas as minhas empreitadas, tendo sido eu vitorioso ou não. Obrigado por muitas vezes terem abdicado de planos pessoais para satisfazer os meus, além de todo o esforço para me proporcionar realizações.

À minha irmã Débora, sempre preocupada comigo e com meu bem-estar, desde criança, quando era responsável por mim, na posição de mais velha.

Ao meu sobrinho José Rafael, por, mesmo sem saber, me mostrar como os ciclos da vida se renovam das formas mais inesperadas.

Às minhas tias por durante toda a minha vida terem sido mães para mim, em todos os sentidos: desde o sermão até o abraço confortável, e ainda pelos olhares orgulhosos diante das minhas pequenas conquistas.

Aos meus primos por serem também meus amigos, em especial Daniel, pessoa a quem eu tenho uma enorme admiração, obrigado por ter me apoiado ativamente nessa minha empreitada que depois de cinco anos está se aproximando do fim.

Às minhas amigas de sempre, Andressa, Mariana e Vanessa, que estão comigo desde pequeno, por serem amigas na real acepção da palavra, e me apoiarem em tudo o que eu quero, e estarem sempre ao meu lado.

Aos meus amigos que fiz durante esses anos de faculdade, em especial Karen e Vinícius. Obrigado por me mostrarem que não existe momento para fazer amizade e que a amizade nasce independente da nossa vontade.

Àquela que sempre foi uma conhecida, mas só agora se tornou uma amiga, Larissa, obrigado por todo carinho e apoio, em especial nesse momento de produção da monografia.

À minha orientadora Thais Bandeira, obrigado pelo apoio na produção deste trabalho, principalmente no que se refere aos empréstimos de materiais que foram de grande importância para a minha produção, bem como pelas conversas esclarecedoras acerca do tema.

À minha eterna professora Daniela Portugal, obrigado por me apresentar ao Direito Penal de uma forma tão incrível e encantadora. Obrigado pelo apoio dado durante todos esses cinco anos, principalmente durante os períodos de monitoria, onde pude aprender com você a ensinar.

Aos colegas da 17ª Vara Criminal da Justiça Federal Seção Judiciária da Bahia, obrigado por todo o apoio e compreensão nos momentos em que precisei me dedicar mais à produção do trabalho e à faculdade.

“Onde há poder ele se exerce. Ninguém é, propriamente falando, seu titular; E, no entanto, ele sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; Não se sabe ao certo quem o detém; Mas se sabe quem não o possui”.

Michel Foucault

RESUMO

Os programas de criminal *compliance* se apresentam como uma nova realidade no cenário preventivo do Direito Penal Econômico. Na verdade, o *compliance* em si, em que pese tenha nascido no âmbito do Direito Empresarial, vem cada vez mais sendo utilizado nas mais diversas áreas do Direito visando uma finalidade preventiva de descumprimento normativo e conseqüentemente criando uma cultura de cumprimento normativo no âmbito empresarial. No que se refere ao Direito Penal, o criminal *compliance* é uma realidade no Brasil desde a sua previsão na lei de lavagem de capitais, após a sua alteração em 2012. A sua finalidade é a de criar sistemas dentro da empresa capazes de estimular o cumprimento normativo, buscando, assim, que os delitos econômicos, tão comuns na realidade do mercado capitalista, sejam evitados, trazendo para o mercado a cultura do cumprimento normativo. Os programas de criminal *compliance* geram efeitos para além do preventivo, repercutindo, assim, na própria forma de responsabilização criminal dentro do âmbito empresarial. Além disso, a problemática trazida por tais programas se refere ao papel do Estado no que se refere à tarefa de buscar meios de prevenir o delito. Vale dizer, a tipificação de determinadas condutas como criminosas, estabelecendo uma sanção quando da sua prática, supostamente possui um caráter preventivo por gerar uma dissuasão. A questão da privatização da prevenção criminal nasce justamente no momento em que o Estado transfere para a iniciativa privada o papel de vigilância e criação dos mecanismos preventivos, assumindo um papel meramente regulatório e não mais intervencionista. A autregulação regulada, em que pese seja uma forte política na era de capitalismo regulatório, com a finalidade de promover o crescimento econômico do Estado, deve ser vista com ressalvas no âmbito do Direito Penal, na medida em que este não deve ser utilizado como uma forma de gerar lucro, mas sim como um instrumento de reprimir práticas que afetam bens jurídicos fundamentais para a manutenção pacífica da vida em sociedade, sendo este bem jurídico no âmbito do Direito Penal econômico a Ordem Econômica e não a economia. Assim, diante do claro objetivo do mercado em maximizar os lucros, atribuir-lhe uma tarefa de extrema importância pode ser temerária, colocando em xeque a própria credibilidade dos programas de cumprimento, máxime quando do conflito entre o interesse público e o interesse privado.

Palavras-chave: Direito Penal; cultura de cumprimento normativo; *compliance*; Ordem Econômica; Lavagem de Capitais; Economia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ASA	American Sociological Association
CF/88	Constituição Federal da República
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
CPB	Código Penal Brasileiro
ENCCLA	Estratégia Nacional e Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro
FAFI	Financial Action Task Force
GAFI	Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e Terrorismo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO	14
2.1 CRIME DE COLARINHO BRANCO (<i>WHITE COLOR CRIME</i>)	18
2.2 A GLOBALIZAÇÃO E A FORMAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DE RISCO	21
2.3 A (IN)SUFICIÊNCIA DAS LEIS DE MERCADO	23
2.4 DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS	27
3 O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS	30
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	32
3.2 O BEM JURÍDICO AFETADO	34
3.2.1 A saúde pública e o bem jurídico do delito antecedente	36
3.2.2 A administração da justiça	38
3.2.3 Pluriofensividade	40
3.2.4 A ordem econômica	40
3.3 A LAVAGEM DE CAPITAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL	44
3.4 AS FASES DA LAVAGEM DE CAPITAIS	47
3.5 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO COAF	53
3.6 A RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS	54
3.6.1 A autoria no Direito Penal	55
3.6.2 As dificuldades na imputação do crime de lavagem de capitais dentro da empresa	63
4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E A “PRIVATIZAÇÃO DA PREVENÇÃO CRIMINAL”	72
4.1 O <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	75
4.2 A POSIÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER E A SUA (IR)RESPONSABILIDADE PENAL PELOS DELITOS PATICADOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL	80
4.3 O CRIME ENQUANTO PREVENÇÃO E A PREVENÇÃO DO CRIME (<i>COMPLIANCE</i>)	85

4.4 <i>IUS PUNIENDI</i> ENQUANTO EXCLUSIVIDADE DO ESTADO	95
4.5 A PRIVATIZAÇÃO DA PREVENÇÃO CRIMINAL: AUTORREGULAÇÃO REGULADA	97
5 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

Talvez uma das características mais evidentes do Direito seja a sua mutabilidade, tendo em vista que ele existe para a sociedade que se encontra em constante mudança. Afinal, não fosse assim, restaria obsoleto o brocardo jurídico do *ubi societas ibi ius*.

O presente trabalho, confeccionado ao final de uma graduação em Direito, versa justamente sobre essa mutabilidade intrínseca ao Direito e mais especificamente o Direito Penal, que dada as suas consequências e seu caráter sancionador e estigmatizante, possui um núcleo rígido.

O Direito Penal Econômico já foi uma grande alteração sofrida pelo Direito Penal, seja pela perspectiva criminológica, no que se refere ao reconhecimento do caráter criminoso de condutas praticadas por pessoas que até então não faziam parte do seu público alvo, seja pela própria perspectiva dogmática de flexibilização de sua estrutura clássica para, supostamente, atingir de forma mais eficaz a sua finalidade.

As mudanças em questão são consequências de uma nova realidade criminal gerada pela nova ideia de criminalidade trazida pelo mundo globalizado. O que se vê é a concepção de condutas lesivas aos Estados que ultrapassam as suas fronteiras, visando a sua máxima efetivação e sucesso na empreitada criminosa.

Escolheu-se, para o presente trabalho, a análise da lavagem de capitais tendo em vista que para a abordagem do criminal compliance, a realidade brasileira prevê expressamente a sua implementação nos casos de corrupção e de lavagem, sendo obrigatória a implementação dos programas de cumprimento somente neste último.

Além disso, mais do que tratar meramente da perspectiva dogmática do criminal compliance, e da sua repercussão na responsabilização no âmbito empresarial, optou-se por analisar a ideologia extrajurídica que se encontra por trás dessa “adesão aos mecanismos de compliance”, principalmente no que concerne à nova postura do Estado em adotar medidas de prevenção da criminalidade, bem como efetivação da punição.

A estrutura adotada aqui tem uma perspectiva de buscar fazer uma análise ampla, até chegar na análise específica, de modo a compreender como se deu

historicamente e estruturalmente as políticas criminais de combate à delinquência econômica.

Deste modo, o trabalho se inicia a partir da análise do fenômeno do Direito Penal econômico em sentido amplo, perpassando pela análise criminológica proposta por Sutherland, a influência da globalização na formação de um novo ramo do Direito Penal, bem como a análise acerca do embate entre as ideias de livre mercado e intervenção estatal no domínio econômico.

Num segundo momento, a análise em relação ao delito de lavagem de capitais, desde os seus antecedentes históricos até a sua atual estrutura, fazendo uma análise deste fenômeno nos âmbitos nacional e internacional.

Por fim, será a hora de verificar o compliance enquanto um fenômeno novo no ramo do Direito Penal, analisando os seus fundamentos e finalidades, de modo a entender do que de fato se trata essa “privatização da prevenção criminal” supostamente gerada pela sua implementação, de modo a compreender se é legítimo e eficaz àquilo que se presta.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Diante dos últimos fatos diuturnamente noticiados nos meios de comunicação, a sociedade parece voltar seus olhos cada vez mais àquilo que se entende por criminalidade econômica. Acontece que o Direito Penal e a própria criminologia, há muito já tem se voltado a esse “novo” fenômeno social, de modo a alterar a sua estrutura, fundamentando-se na ideia de proteger novos bens jurídicos que até então passavam despercebidos por sua tutela.

Como alude Renato Mello Jorge Silveira¹, “de tempos em tempos, novidades parecem ser o tema da vez no campo do Direito, assumindo significativo papel de predominância”. Assim, cabe ao jurista a interpretação desses novos fenômenos para que eles não venham a ser prejudiciais ao desenvolvimento do Direito, e principalmente da sociedade.

No momento pós Primeira Guerra Mundial, o Estado começou a intervir na Economia, rompendo o antigo paradigma de não intervenção, independente de regime político-econômico – socialista ou capitalista – com o delineamento de uma base principiológica comum entre ambos. Esse fenômeno pode ser constatado com a Constituição Mexicana de 1917, a Soviética de 1918 e a Alemã de 1919, as quais erigiram a intervenção estatal na economia a um patamar constitucional².

Atualmente, a punição de determinadas condutas dentro do âmbito econômico continua sendo apoiada por qualquer corrente ideológica, seja ela de esquerda, seja ela de direita. As perspectivas, contudo, variam a depender do pensamento ideológico. Enquanto para a esquerda o direito penal econômico tem como objeto “os crimes do capital e dos capitalistas”, para a direita a responsabilidade penal é pautada num viés de governança corporativa com um viés pragmático³.

Contudo, a relação entre Direito e Economia, em especial o Direito Penal e Economia não é algo trazido somente pela globalização, sendo utilizado como

¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance***, in **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

² SCHMIDT, Andrei Zekner. **Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico**, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 22. Vol 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62.

³ RODRIGUES, Miranda Anabela. **Direito Penal Econômico – É legítimo? É necessário?** **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 25. Vol 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 16.

instrumento de direcionamento da política econômica do Estado em momento anterior ao que ele chama de “capitalismo regrado”, como ocorreu nos Estados Unidos, que no século XIX criminalizou as práticas de cartelização e de monopólio. O que ocorre, é que parece ter havido uma intensificação de tal relação⁴, o que acarreta a necessidade uma análise mais profunda acerca de tal fenômeno.

A legitimação para que o Direito Penal atue na área econômica, emprestando a ela a sua força coativa é “a premente necessidade estatal de enfrentamento de novas manifestações delinquentiais praticadas por determinados tipos de autor, portadores de determinadas características que lhe são próprias e peculiares”⁵.

Para que possamos compreender essa problemática existente acerca da legitimidade da existência de um Direito Penal econômico, bem como para enquadrá-lo enquanto sub-ramo ou ramo autônomo do Direito Penal Convencional, é necessário fazer inicialmente uma digressão da missão e fundamentos deste último, de modo que venhamos a compreender o porquê dele ser chamado para atuar em uma área até então alheia a sua estrutura.

O professor Juarez Cirino dos Santos⁶ revela em seus estudos a existência de determinados objetivos do Direito Penal, fazendo ainda uma análise mais profunda, de modo a revelar a existência de objetivos não declarados do Direito Penal. Alude o mencionado autor que os objetivos do Direito Penal nas sociedades contemporâneas “consistem na proteção de bens jurídicos, ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva sob ameaça de pena”, sendo a constituição o fundamento da seleção de tais bens jurídicos.

Neste íterim, ainda cabe lembrar da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, sendo, ele, a *ultima ratio*, ou seja, a última instância de controle social através do Direito. Além disso, o caráter fragmentário faz com que haja a eleição de determinados bens jurídicos, com observância daqueles abarcados pela Constituição. Tais características do Direito Penal são de suma importância para a posterior pretensa análise do Direito Penal Econômico.

⁴ SCHMIDT, Andrei Zekner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 22. Vol 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

⁵ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: A engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013. p. 27.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 5.

Já os objetivos não declarados têm estreita relação com a perspectiva política de controle social de tal área do saber jurídico, e são estudados à luz da luta de classes existentes. Deste modo, o objetivo não declarado do Direito Penal, juntamente com seu sistema seria, através da pena, reagir às “violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social como um todo”⁷.

Válido ponderar, neste sentido, que essa perspectiva marxista do direito penal é criticada por Zaffaroni, que a considera “por demais genérica”⁸. Pondera tal autor que “o sistema penal cumpre *uma função substancialmente simbólica* perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas)”⁹.

Por fim, para arrematar tal construção conceitual, vale trazer a consideração de Castellar, para quem ao Direito Penal incumbe “a tarefa de dar proteção a bens jurídicos sempre que estes sofrerem violações mais graves e desde que os demais ramos do Direito não lograrem êxito em exercer essa proteção de modo eficaz”¹⁰. Deste modo, verifica-se que o Direito Penal possui um núcleo rígido e fechado, com diversos elementos limitadores de sua atuação.

Diante da dita realidade do “capitalismo regrado”, o Direito Penal começa a ter sua estrutura abalada no momento em que é chamado para dialogar com a economia, sendo utilizado como instrumento para o alcance dos fins econômicos, o que, a priori, parece ser inconcebível.

Contudo, “a complexidade do Direito Penal contemporâneo, notadamente naqueles contextos em que novas formas de tutela são avocadas, tenha de alcançar uma razão forte a partir de um pensamento reflexivo historicamente situado; um conhecimento que não se contente com a sedução da aparência do objeto sobre o qual se debruça”¹¹.

⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 9.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. rev. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72.

⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁰ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: A engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013. p. 67.

¹¹ SCHMIDT, Andrei Zekner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 22. Vol 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 66.

Neste sentido:

“É necessário estabelecer o horizonte de projeção de uma ciência antes de ensaiar seu sistema de compreensão: é necessário saber acerca de que nós temos de perguntar, antes de começarmos a nos perguntar. Não obstante, não se deve crer que os horizontes de projeção das ciências se tenham fixado de uma vez para sempre, sim que, ao contrário, se alteram frequentemente. Conforme nos perguntamos acerca dos entes que concernem a uma ciência, nos damos conta de que se requerem novas delimitações, insto é, que os sistemas de compreensão fazem estourar os limites traçados pelos horizontes de projeção. É assim que na história de todas as ciências se vão surgindo sucessivos horizontes de projeção e sistemas de compreensão”¹².

Assim, a questão parece estar centralizada no que será estabelecido como objetivo, ou seja, sabe-se que é importante e necessária a proteção da economia, contudo, resta concluir se a sua proteção será fundamentada com um fim em si mesma, ou se o centro de proteção continuará sendo o homem¹³, protegendo, portanto, não a economia em si, mas a “saúde” da ordem econômica, que interfere na vida do homem.

Deste modo, exploradas as linhas gerais acerca do Direito Penal Econômico, parece ser interessante, para fins didáticos, conceitua-lo, de modo a dar uma certa delimitação ao presente estudo.

Em sua obra acerca da delinquência econômica e financeira, Fausto Martin De Sanctis, antes mesmo de reconhecer a dificuldade de conceituar o crime econômico, refere-se ao Direito Penal Econômico como “um Direito Penal que objetiva suprir lacunas incriminatórias do Direito Penal patrimonial, ocasionadas, em grande medida, pelo aumento de infrações penais decorrentes do incremento exponencial da atividade econômica no Estado e do desenvolvimento das relações econômicas internacionais”¹⁴.

A partir deste conceito, a primeira coisa que podemos inferir é que o mencionado autor entende o Direito Penal Econômico como sendo um sub-ramo do Direito Penal,

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. V.1. 8. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 57.

¹³ SCHMIDT, Andrei Zekner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 22. Vol 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

¹⁴ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10.

possuindo, portanto, todos o regramento de princípios garantias que se conhecem do Direito Penal Clássico. Neste particular, Sanctis¹⁵ pondera que:

é certo que o Direito Penal, de forma subsidiária ou fragmentária (ultima ratio), não se esperando que o seu ramo econômico tenha papel exclusivo de Direito Penal simbólico. Porém, quando se observa que tais princípios são invocados de forma indiscriminada e sem nenhuma mínima fundamentação racional, há uma verdadeira desproteção sistêmica da ordem econômica.

Neste particular, contudo, com a devida vênia, parece controverso tal pensamento, na medida em que, tratando-se de Direito Penal, o ônus da construção de um pensamento mais robusto pertence àquele que pretende criminalizar. Deste modo, sendo os princípios penais verdadeiras barreiras para a criminalização, deverá ser provada a impossibilidade de desestimulação de determinadas condutas por meios diversos da via penal, de modo a vencê-las.

Além disso, o argumento da “desproteção”, baseado na premissa da proibição de proteção deficiente, através da qual “cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento dado o grau de ofensividade e significação político-criminal”¹⁶, por si só não é capaz de mudar a ordem de tal ônus, na medida em que, de igual modo, será necessário comprovar que a via penal é o único meio efetivo para a proteção de dado bem jurídico, bem como a existência de uma proporcionalidade entre a conduta, suas consequências e a pena aplicada.

O presente capítulo deste trabalho pretende justamente percorrer as entranhas das fundamentações em favor e contra a existência de um “Direito Penal Econômico”, de modo a compreender se é cabível a sua existência dentro de um estado de Direito que se pretende democrático, a partir do filtro constitucional, perpassando pelo seu desenrolar até o presente estado da arte.

2.1 CRIME DE COLARINHO BRANCO (*WHITE COLLAR CRIME*)

A criminalidade sempre esteve associada às pessoas que estavam à margem da sociedade, por associar “o cometimento de crimes ao problema da miséria social”.

¹⁵SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 12. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 84.

Não por outro motivo, o Código Penal Brasileiro, fortemente influenciado pelo Código Penal fascista, possui um evidente viés patrimonial. A criminalidade econômica aparece como uma nova categoria do crime, rompendo a perspectiva de miséria social como fator de risco para a criminalidade¹⁷.

Os mais primitivos estudos acerca desse novo tipo de criminalidade são concebidos pelo sociólogo Edwin Sutherland, o qual, em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association* (ASA), afirmou que é “enganosa e incorreta” a concepção de que o crime é um fato unicamente correlato com a pobreza, ou com condições de psicopatia e sociopatia associadas com a pobreza¹⁸.

Deste modo, Sutherland defendeu ser necessária a criação de uma “teoria do comportamento criminal”¹⁹ que explicasse a criminalidade de colarinho branco, bem como a criminalidade advinda das classes baixas, pois reputava a teoria tradicional inválida por ser mera amostra baseada no status socioeconômico, de modo que não explicaria a criminalidade de colarinho branco, nem mesmo a criminalidade das baixas classes econômicas, “uma vez que os fatores não estão relacionados a um processo geral característico de toda criminalidade”²⁰ (tradução livre).

Assim, “o estudo do crime de colarinho branco e do crime corporativo, ou dos poderosos significou uma mudança de foco daquele alhures social e das minorias imperfeitas que os habitam, para indivíduos e grupos que habitam mercados ou organizações públicas e privadas”²¹.

Thaís Bandeira faz menção a cinco características desta nova criminalidade evidenciada por Shutherland: “ser crime; ser cometido por pessoa respeitável; esta pessoa deve pertencer a uma camada social alta; estar no exercício do seu trabalho e, por fim, constituir uma *violação de confiança*” (grifei)²².

Shutherland faz uma análise semântica em relação ao conceito de “crime”, questionando-se se tal palavra pode ser aplicada para condutas ilícitas das

¹⁷ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 24.

¹⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. *American Sociological Review*. Indiana University. Volume 5. Number 1, 1940, p. 2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 12.

²⁰ *Ibidem*, *loc. cit.* “Since the factors are not related to a general process characteristic of all criminality”.

²¹ RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaios em Anticriminologia**. Trad. Davi Tangerino; Luciana Boiteux; Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.

²² GULLO, Roberto Santiago Ferreira apud PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p. 26.

empresas, através das quais foram condenadas em instância diversa da penal²³. Em outras palavras, quer-se saber se, “do ponto de vista da teoria da conduta criminosa”, as condutas ilícitas realizadas pelas empresas “são semelhantes aos crimes de furto, roubo e outras que são costumeiramente incluídas dentro do escopo das teorias do comportamento criminoso”²⁴.

Assim, pondera o sociólogo que:

A característica essencial de um crime é que ele é um comportamento proibido pelo Estado, como uma ofensa ao próprio Estado e contra o qual este reage, pelo menos como último recurso, com a pena. Os dois critérios abstratos geralmente levantados pelos cientistas como elementos necessários na definição de crime são: descrição legal de um ato socialmente danoso e previsão legal de uma pena para tal ato.

Tais critérios, em termos de dogmática penal, consolidam exatamente o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988²⁵ que preceitua que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Além disso, o mesmo mandamento é repetido, com a mesma redação, no art. 1º, do Código Penal Brasileiro de 1941²⁶.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos²⁷,

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como agravamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.

Ocorre que a análise feita por Sutherland tem um viés sociológico, de modo que é prévia à própria tipificação da conduta como criminosa. Na abordagem trazida pelo mencionado autor, “não é a natureza intrínseca do ato, mas o processo retórico, as relações sociais, as cerimônias institucionais e as tipificações profissionais que levam à sua identificação como desviante ou criminal”²⁸.

²³ SHUTERLAND, Edwin. **Crime de Colarinho branco: versão sem cortes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 83.

²⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 29 set. 2017.

²⁶ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acessado em 29 set. 2017.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. rev. Atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 22.

²⁸ VICENZO, Ruggiero. **Crimes e Mercados: Ensaio em anticriminologia**. Trad. Davi Tangerino; Luciana Boiteux; Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

2.2 A GLOBALIZAÇÃO E A FORMAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DE RISCO

Feita a constatação da existência de um Direito Penal Econômico, o estudo acerca da matéria foi evoluindo, chegando ao ponto em que se encontra hoje, sendo analisando à luz de um Direito Penal que ultrapassa as fronteiras nacionais dos Estados, verificando-se o fenômeno da criminalidade econômica em um contexto internacional.

Fausto Martin de Sanctis chama especial atenção ao fenômeno da globalização, que dentre suas diversas consequências, positivas e negativas, acabou gerando uma nova criminalidade, praticada, inclusive, por empresas, criminalidade esta que possui uma perspectiva transnacional²⁹.

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos³⁰.

Desta forma, Ulrich Beck nos introduz à tese da Sociedade de risco gerada pelo processo de modernização da sociedade.

A formação de uma sociedade de risco tem um aspecto controverso, e até mesmo paradoxal pois tal risco é gerado a partir do desenvolvimento de uma sociedade moderna, que prometeu oferecer para as pessoas “oportunidade de uma existência segura” comparada com o período anterior³¹.

Essas promessas de libertação da pobreza e da sujeição imerecidas estão na base da ação, do pensamento e da investigação com as categorias da desigualdade social, abarcando, na verdade, desde a sociedade de classes, passando pela sociedade estratificada, até a sociedade individualizada³²

Paulo Silva Fernandes³³ questiona acerca da existência de um possível “Direito Penal do Risco”, já que o Direito Penal é quase sempre chamado para controlar todos os riscos que são produzidos pelas próprias decisões humanas. Chega a questionar-se ainda, se, sendo positiva a concepção de um Direito Penal de Risco, não se assistiria “a uma necessária diluição da própria natureza do direito penal”.

²⁹ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.

³⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34: 2010, p. 23.

³¹ SANCTIS, Fausto Martin De. *Op. Cit.*, 2015, p.4.

³² BECK, Ulrich. *Op. Cit.* 2010, p. 24.

³³ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns**. São Paulo: Almedina, 2001, p. 71.

Prossegue o referido autor fazendo alusão à Escola de Frankfurt como sendo responsável pela transposição do paradigma da sociedade de risco para o Direito Penal, gerando a sua “funcionalização” e “desformalização”³⁴. Dentre os riscos trazidos por essa nova estrutura de Direito Penal, Paulo Silva Fernandes cita a criação de leis penais simbólicas, o recurso frequente à criminalização de condutas de perigo abstrato, e a eleição de bens jurídicos vagos ou de amplo espectro, o que geraria, segundo ele, uma “excessiva antecipação da tutela”³⁵.

A inserção do risco no Direito Penal lhe concede um caráter expansivo,

cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade³⁶.

Neste sentido, Jesús-María Silva Sánchez acrescenta que o crescimento da independência entre os indivíduos faz com que as esferas individuais de organização já não sejam mais autônomas, de modo que os fenômenos ocorrem de maneira recíproca. Assim, “*en Derecho penal, ello implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica*”³⁷.

Assim, é fato notório a ruptura social com o passado, com o implemento de uma realidade. Deste modo, o direito penal não poderia “negar a sua ‘quota-parte’ de legitimação para a proteção das gerações futuras”³⁸. Contudo, é forçoso trazer mais uma ponderação de Sánchez, para quem

Onde quer que leis criminais chovam continuamente, onde entre o público, na menor ocasião, existe um clamor geral de que as coisas sejam remediadas com novas leis criminais ou agravando as já existentes, não vivam os melhores tempos para a liberdade - porque todas as leis criminais é uma intromissão sensível na liberdade, cujas consequências serão percebidas também disponível para aqueles que exigiram isso de uma

³⁴ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns**. São Paulo: Almedina, 2001, p. 71.

³⁵ *Ibidem*, p. 72.

³⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, 2004, p. 80.

³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-MaríaSilva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. rev. Y ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 30.

³⁸ WEDY, Gabriel Tedesco; WEDY, Miguel Tedesco. **O Direito Penal e a sociedade e risco**. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal: Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 246.

maneira mais barulhenta, aí você pode pensar na frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*³⁹.

Deste modo, não deixa o mencionado autor de reconhecer o caráter quase que deteriorador do espírito republicano, na medida em que entende que novas leis penais não são capazes de dirimir as controvérsias mais complexas dentro da sociedade, podendo, inclusive, prejudicar aqueles que as defendem e as conclamam enquanto necessárias, pois o recrudescimento desgovernado do regramento penal retira os seus limites, dando-lhe amplo alcance.

2.3 A (IN)SUFICIÊNCIA DAS LEIS DE MERCADO

Este tópico pretende analisar o discurso intervencionista do Estado na economia, fazendo um breve retrospecto acerca da evolução do pensamento econômico, de modo que, embora a análise puramente econômica não seja o objetivo do presente estudo, será necessário fazer nota de determinados conceitos e pensamentos desta área do conhecimento científico, de modo a analisar a sua evolução ideológica.

Dentro da ideologia clássica da economia, Adam Smith ocupa um espaço de importância, sendo considerado o percussor da moderna teoria econômica. Em sua obra “A riqueza das nações”, Smith traz determinadas recomendações políticas, baseadas em seu entendimento de que “a atuação da livre concorrência, sem qualquer interferência, levaria a sociedade ao crescimento econômico, como que guiado por uma ‘mão invisível’”⁴⁰.

Mencionada “mão invisível” orientaria todas as decisões da economia, sem a necessidade da atuação do Estado. Trata-se, portanto, de um princípio liberal segundo o qual defende-se a ideia do mercado como regulador das decisões econômicas. Para Smith, o único papel do estado nesse contexto seria o de

³⁹ VON BAR *apud* SÁNCHEZ, Jesús-MaríaSilva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. rev. Y ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 17. “*Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges*”.

⁴⁰ VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

“proteção da sociedade contra eventuais ataques” de criação e manutenção de “obras e instituições necessárias”⁴¹.

A argumentação central do liberalismo econômico, nascida em meados do século XVIII, sempre foi em torno da maior eficiência do mercado em detrimento das instituições políticas, desde a tradição de Adam Smith e sua “mão invisível”, onde naturalmente o interesse individual se acomodaria ao interesse social, produzindo riqueza e desenvolvimento geral⁴².

No mesmo sentido que Smith, outros autores desenvolveram suas obras, tais quais John Stuart Mill (1806-1876), Jean-Baptiste Say (1768-1832), Thomas Malthus (1766-1834), bem como David Ricardo (1772-1823), que tem seus estudos considerado pela maioria dos estudiosos como sendo gerador de duas correntes antagônicas: “a corrente neoclássica, por suas abstrações simplificadoras, e a corrente marxista, pela ênfase dada à questão distributiva e aos aspectos sociais da renda da terra”⁴³.

Os teóricos da economia de mercado, todavia, privilegiaram o aspecto microeconômico, diante da crença na capacidade auto-reguladora do mercado, preterindo, assim, a análise macroeconômica. Deste modo, a teoria neoclássica, sobretudo com Alfred Marshall (1842-1924), em seu livro “*Princípios de economia*” (1890), passou a analisar a economia sob a perspectiva comportamental, sobretudo do consumidor, de modo a entender o seu desejo, maximizando a utilidade do consumo, com a finalidade de maximizar o lucro⁴⁴. Só seria útil o bem que agradasse o consumidor.

Posteriormente, na década de 1930, a economia mundial amargou o período conhecido como a Grande Depressão, uma vez que os principais países capitalistas estavam passando pela crise econômica. Nesse contexto emerge John Maynard Keynes (1883-1946), para quem “numa economia em recessão, não existem forças de auto-ajustamento, por isso se torna necessária a intervenção do Estado por meio de uma política de gastos públicos”⁴⁵.

⁴¹ VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

⁴² SILVA, César Augusto Silva da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária Pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 71.

⁴³ VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. *Op. Cit.*, 2008, p. 20/21.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 23.

O Neoliberalismo, por sua vez, entende o que o Estado deve ser uma mera ferramenta “para retirar os entraves de uma economia que deve funcionar livremente conforme as leis de mercado”. Assim, pretende-se justificar novamente as desigualdades geradas pela propriedade privada, “excludente por definição”, naturalizando a “justiça da desigualdade”, carro chefe e latente do discurso neoliberal da “igualdade”⁴⁶.

A utilização do prefixo “neo” no termo “neoliberalismo” demonstra o fato de que foi necessário admitir a intervenção estatal na economia diante das transformações sociais, políticas e econômicas suportadas pelo mundo ocidental, “de modo a ajustar e sanear as falhas de mercado”⁴⁷.

Destarte, a intervenção estatal, na lógica do neoliberalismo, deve ser “cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema”⁴⁸.

Michelle Merética Miltons, em sua obra sobre microeconomia⁴⁹, pondera que para os economistas clássicos, não é conveniente que o Estado intervenha na economia, pois a sua presença (do Estado) “impõe distorções”. Contudo, tal autora afirma que “a intervenção governamental pode ajudar a corrigir ou pelo menos minimizar flutuações econômicas que trazem efeitos indesejados”.

Importante ponderar à exaustão o fato de que, em que pese haja o reconhecimento da “importância” da intervenção estatal na economia, o cerne de proteção continua sendo o mercado. Ou seja, a lógica clássica não admitia a intervenção estatal como forma de manutenção da autonomia do mercado, para que ele se regulasse através de suas próprias leis. Ao ser admitida a intervenção, mesmo que com resistência dos mais clássicos, ela deveria se dar de modo a proteger o mercado.

Neste particular, Eros Roberto Grau⁵⁰ faz menção à “inviabilidade do capitalismo liberal”, lembrando que “a própria constituição do modo de produção capitalista

⁴⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2009, p. 39.

⁴⁷ SILVA, César Augusto Silva da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 71/72.

⁴⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁴⁹ MILTONS, Michelle Merética. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 137.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 25/27.

dependeu da ação estatal”. Assim, ao ser suportada a intervenção estatal na economia, o que há, em verdade, é uma reafirmação da vocação do Direito “para a defesa da propriedade”.

Referido autor arremata o seu pensamento, afirmando que o capitalismo é intrínseco à própria sociedade, sendo o Direito, posto pelo Estado, um mediador nas relações de produção que ocorrem no meio social, que “surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos”, afinal, “sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo Direito Moderno o mercado não poderia existir”⁵¹.

O Direito Penal participa dessas mudanças, buscando tutelar novos bem jurídicos no momento em que se admite que as leis de mercado, por si só, não são capazes de regular o mundo dos negócios que, “envereda, muitas vezes, num campo, no mínimo, eticamente cinzento e perigoso”⁵², surgindo, assim, o que se entende por Direito Penal Econômico.

Assim, pondera Thais Bandeira que o Estado já não mais poderia se omitir em termos de regulação de mercado, devendo fazer intervenções em áreas sociais diversas, no exercício da sua soberania, sendo uma dessas áreas a economia, com o objetivo de “corrigir as imperfeições reveladas pelo liberalismo”⁵³.

Deste modo,

a contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de transformação que afeta o Direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder)⁵⁴.

Nusdeo, por sua vez, em análise às falhas do mercado, reconhece ainda outro fator importante para a presença do poder público na economia, qual seja, a necessidade do Estado, para além de complementar o mercado, e sanar os seus defeitos,

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 31.

⁵² FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns**. São Paulo: Almedina, 2001, p. 9.

⁵³ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 28

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **Op. Cit.**, p. 15.

direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos, de acordo com as suas (do Estado) preferências políticas⁵⁵.

Tal motivação parece ser mais contundente e de certo modo mais utilitária, pois vislumbra na intervenção estatal, para além da manutenção de um sistema de proteção do mercado, a realização de suas finalidades específicas, pautadas nas preferências políticas, o que, em termos de Direito Penal, funcionará como um vetor de limitação da intervenção pela via criminal, seja num viés repressivo, seja no viés preventivo (*Compliance*), como se verá.

Assim, ante a impossibilidade de autorregulação do mercado pelas suas próprias leis, bem como do interesse em realizar as suas finalidades políticas, o Estado é chamado para atuar, através do Direito Penal, que acaba por deixar de lado a sua representação tradicional, para, supostamente, prevenir condutas que são hipoteticamente arriscadas⁵⁶.

2.4 DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Diante da necessidade de um uso mais restrito do Direito Penal, de modo a limitar o *ius puniendi* do Estado, exige-se que o castigo seja direcionado somente àqueles fatos que configurem ataques a bens jurídicos, expressando-se, assim, um princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos⁵⁷.

Deste modo, enquanto a legitimação formal do Direito Penal decorre da aprovação da Constituição e de leis penais, a legitimação material do conteúdo da lei penal, na concepção Jakobs, reside no fato de que “as leis são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado”⁵⁸.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁵⁶ GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do Direito Penal e a sociedade de risco**. (http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf) Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. P.2.

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*. **Estudios Penales y criminológicos**. Universidade de Santiago de Compostela. Nº 14, 1989-1990. p. 203-216.

⁵⁸ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44.

Roxin⁵⁹, por sua vez, postula que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal”, que tem a função de garantir a “existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”.

Adotando-se qualquer dos dois pensamentos como o ideal, fato é que ambos possuem como ponto de interseção a ideia de conteúdo material da norma penal, ou seja, algo que integre o conteúdo da norma penal formalmente posta, visando, assim, a limitação de sua atuação.

É que como se verá posteriormente, ambos os autores citados concebem o Direito Penal e a pena num caráter preventivo geral positivo, é dizer, a norma penal deve ser posta de modo a desestimular um potencial criminoso a cometer um crime, diferindo no que se refere ao seu fundamento, defendendo Roxin a ideia de proteção subsidiária de bens jurídicos, enquanto que Jakobs defende a necessidade de demonstração da vigência da norma.

Todavia, em que pese o conceito de bem jurídico ser necessário para efetivar o princípio da lesividade, “não é, de modo algum, um conceito legitimador do poder punitivo”⁶⁰. Isto porque, ao verificar-se a forma como o poder punitivo se opera, resta evidente a falsidade da premissa de que as normas protegem bens jurídicos⁶¹.

Nessa perspectiva, Zaffaroni indica que a ideia legitimadora de bem jurídico nasce da confusão entre o caráter fragmentário do Direito Penal e o seu caráter sancionador. Vale dizer, o Direito Penal não cria bens jurídicos, mas tão somente “eventualmente individualiza alguma ação que o afeta de certo modo particular, mas nunca pode conceder-lhe uma ampla e plena tutela, dada sua natureza fragmentária e excepcional”⁶².

Destarte, não é o Direito Penal que fundamenta o bem jurídico, mas sim o bem jurídico que cria limites ao Direito Penal, de modo que haverá sempre a exigência de

⁵⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. Adré Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16/17.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 486.

⁶¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁶² *Ibidem, loc. cit.*

afetação a um bem jurídico já tutelado pelo direito (constitucional, internacional, civil...). Quem irá realizar a decisão de tornar um bem jurídico em bem jurídico penal é a política da conjuntura de poder, de modo que “as emergências descubrem a contingência de *ultima ratio*”⁶³.

Ainda na esteira de Roxin⁶⁴, o bem jurídico deve estar atrelado a uma ideia de “função social do Direito Penal”, de modo que “o que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal”. Destarte, quando não for possível, através de outras áreas, a garantia aos cidadãos de “uma existência pacífica, livre e socialmente segura”, a intervenção penal resta legitimada.

É neste sentido que se posiciona Thais Bandeira ao postular que “quando se seleciona um bem à categoria de bem jurídico penal, é porque o Estado entendeu ser esta uma medida útil e necessária no combate a esta prática”, devendo este bem jurídico estar, ainda, previsto na Constituição⁶⁵.

Com efeito, o Direito Penal clássico sempre se encarregou de eleger bens jurídicos de natureza individual. Quando se fala em Direito Penal Econômico, por sua vez, o bem jurídico acaba sendo de natureza supraindividual, é dizer, um bem jurídico que não atinge uma pessoa unicamente, mas toda uma sociedade.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 487.

⁶⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16/17.

⁶⁵ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 99. Nesse mesmo sentido, Claus Roxin: “*un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestade punitiva del Estado*”.

3 O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITALS

À parte de toda crítica pertinente feita a uma Ordem Global que vislumbra um novo tipo de criminalidade, e assim, a concepção de uma nova estrutura do Direito Penal, é fato inexorável o avanço na edição de leis visando tal finalidade, como é o caso da Lei 9.613/98 com alterações dadas pela Lei 12.683/12, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a *prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei*; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências” (grifo nosso)⁶⁶.

O delito de lavagem de capitais se refere às condutas realizadas com a finalidade de afastar o bem obtido ilicitamente da sua origem, concedendo-lhe uma aparência legítima, para então reinseri-lo no mercado formal como se fosse produto de atividade lícita⁶⁷.

Luiz Regis Prado⁶⁸ faz menção ao crime de lavagem de capitais como sendo uma das consequências geradas pelo fenômeno da sociedade pós-industrial, bem como uma “espécie peculiar de criminalidade organizada, de cunho transnacional e multiforme”, lembrando que:

a internacionalização favoreceu o desenvolvimento de um mercado global do crime, que permeia toda a sociedade. Em resposta ao desenvolvimento das trocas, a oferta e a demanda de produtos de atos ilícitos são organizadas hoje em forma de “mercado”.

Nesse mesmo sentido, Thais Bandeira pondera que, diante da facilitação de “transferência de bens e valores entre vários países” tornou possível a utilização de tais meios para a “movimentação e integralização no sistema econômico-financeiro de dinheiro de procedência ilícita, uma vez que não havia maiores rigores empregados nestas operações”⁶⁹.

⁶⁶ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 27 set. 2017

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.365.

⁶⁹ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu Combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 55.

Em termos de nocividade gerada pela nova realidade comercial e econômica internacional, Prado coloca o crime de lavagem de capitais no mesmo patamar que o terrorismo, tráfico de entorpecentes e de pessoas e da corrupção⁷⁰.

Como se verá posteriormente, a comparação feita pelo mencionado autor torna-se interessante, na medida em que ao fazermos uma regressão, encontramos uma íntima conexão do crime de lavagem de capitais enquanto delito autônomo com o tráfico de drogas⁷¹. O objetivo era o de efetivar a repressão ao tráfico, criminalizando a conduta de dar uma aparência lícita ao proveito do crime. Deste modo, seria uma ferramenta a mais nas mãos do Estado para conseguir responsabilizar criminalmente os sujeitos que incorriam no delito de tráfico de entorpecentes.

Hoje, o entendimento de que a lavagem de capitais possui um alto grau de lesão social decorre da constatação de que ela “propicia a perpetuação de graves delitos e a percepção de seus frutos ilícitos”⁷².

Em termos gerais, “trata-se de crime derivado de outro”, sendo um “tipo acessório, porém, autônomo”⁷³. Pela redação original dada pela lei 9.613/98, o rol de crimes antecedentes ao da lavagem de capitais era restrito, como por exemplo o tráfico de armas e entorpecentes⁷⁴, em clara demonstração de obediência aos preceitos originais do crime enquanto meio de repressão do tráfico de drogas.

Em 2012, com a implementação da lei 12.683/12, o delito antecedente passou a ser “qualquer infração penal”⁷⁵. Assim, “não existe bens ou dinheiro não lavados se decorrentes de infração penal”⁷⁶, estando aqui incluídas as contravenções penais, como a exploração de jogos de azar.

Com efeito, Thais Bandeira faz menção a determinadas características do delito de Lavagem de Capitais, merecendo destaque as características de internacionalização do delito, profissionalização dos agentes criminosos, inclusive com a criação de toda uma estrutura hierarquizada desses agentes, os quais fazem da prática delitiva o

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 366.

⁷¹ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 172.

⁷² *Ibidem*, p. 171.

⁷³ *Ibidem*, p. 202.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 192.

⁷⁵ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 27 set. 2017

⁷⁶ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195.

seu meio de vida, o que faz com que a Lavagem de Capitais não se reduza a um único ato ou única prática, tendo, assim, um “caráter de permanência”⁷⁷.

Assim, “a lavagem de capitais é uma engrenagem, com diversas peças que trabalham coordenadas para a consecução da finalidade de trazer de volta o dinheiro ilícito ao mercado”⁷⁸

O objetivo do presente capítulo é o de fazer uma análise do crime de lavagem de capitais no âmbito nacional e internacional. Em determinado momento, será feita uma mera revisão bibliográfica, principalmente no que concerne aos antecedentes históricos do delito, bem como a análise do seu bem jurídico, chegando, por fim, a uma análise dogmática propriamente dita.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Rodolfo Tigre Maia⁷⁹ assinala que “o poder, a cobiça e a ganância são os motivadores essenciais da atividade criminosa” de tal modo que após a prática do delito que assegure o “lucro sujo”, o objetivo passa a ser buscar meios de usufruir do mesmo de forma tranquila, legitimando-os.

Com efeito, “a receptação é o primeiro delito cuja objetividade jurídica se aproxima do que atualmente constitui o escopo precípua da incriminação da ‘lavagem’ de dinheiro, qual seja, impedir a utilização de produtos de crime”, de modo que se buscava, manter o caráter ilícito do objeto material do delito anterior, “renovando a violação daquele bem jurídico”, que poderia ganhar uma aparência de licitude ao ser cada vez mais afastado do seu titular⁸⁰. Destarte, “o enfrentamento da lavagem de dinheiro se pautou pelo uso de figuras típicas tradicionais, como o favorecimento ou a receptação”⁸¹.

⁷⁷ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu Combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p.74/75.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁷⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 1. Ed. 2. Tira. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

O crime organizado, de igual modo, passou a contribuir para a criação de um delito de lavagem de capitais, tendo em vista que a recepção, embora possua uma estrutura próxima a este, possui um caráter eminentemente patrimonial e individual, de modo a se tornar ineficiente diante da sofisticação das condutas de afastar o bem da sua origem ilícita, concedendo-lhe caráter legítimo⁸².

Maia chega a citar os ditos efeitos deletérios do crescimento da circulação de valores ilícitos no sistema financeiro e na economia nacional, todos de caráter “supraindividual”, tais quais a erosão da credibilidade democrática, “impunidade” dos criminosos poderosos, desestruturação da economia nacional dos países de Terceiro Mundo “sequiosos por investimentos externos”, dentre outros⁸³

Registre-se nesse ponto, todavia, que tais “efeitos deletérios” são demasiados abstratos e controversos, principalmente o que sustenta a desestruturação da economia nacional por ausência de investimentos externos diante da fragilidade da sua legislação. Nada obstante, essa controvérsia será aprofundada mais a frente.

A criminalização da lavagem de capitais propriamente falando remonta à década de 20 (século XX), período em que estava vigente nos Estados Unidos a “Lei Seca” – *National Prohibition Act* de 1919, criada a partir da 18ª Emenda Constitucional, a qual proibia a produção, comércio e transportes de bebidas alcólicas nos Estados Unidos⁸⁴.

Notório é o caso do “Big Al” – Alcapone, criminoso que dominou a cidade de Chicago no final dos anos 20. Alcapone era envolvido com organização criminosa, e enfrentava a polícia norte-americana, traficando bebidas. O criminoso, todavia, somente foi preso em 1931 pela prática de sonegação fiscal, restando impunes os demais crimes⁸⁵.

De igual modo, tem-se ainda o exemplo de Meyer Lansky, que fazia parte de uma organização criminosa na área de jogos, tráfico de entorpecentes, corrupção de

⁸² MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 1. Ed. 2. Tira. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

⁸³ *Ibidem*, p. 23/24.

⁸⁴ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos À Lei Brasileira de Lavagem de Capitais. Legislação Penal Especial em Homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁸⁵ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu Combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 55.

funcionários públicos, etc., o qual ocultava os lucros obtidos pelas práticas criminosas em banco suíço, em 1932⁸⁶.

No Brasil, a criminalização da lavagem de capitais foi uma “forma de impedir a fruição dos proventos do crime, mas tendo como maior objetivo a punição aos crimes antecedente, principalmente o tráfico de drogas”⁸⁷, baseando-se nas orientações e determinações internacionais, como se verá (tópico 3.3).

3.2 O BEM JURÍDICO AFETADO

Esse tópico merece especial atenção, na medida em que a estrutura primitiva concebida ao crime de lavagem de capitais parece ofender determinado princípio do Direito Penal, qual seja, o *ne bis in idem*⁸⁸, que, conforme leciona Paulo Queiroz, visa a proibição da dupla valoração (na esfera penal) da mesma conduta⁸⁹. Ora, no momento em que se fundamenta a criminalização da lavagem de capitais na repressão do crime anterior, ainda que hajam condutas distintas, existe uma clara punição em duplicidade do crime anterior.

Deste modo, mister se faz a busca por nova fundamentação para a concepção de um crime autônomo de lavagem de capitais. Essa busca é imprescindível na medida em que não é possível a concepção de um Direito Penal sem a existência de um bem jurídico a ser protegido. Isto porque:

Sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito⁹⁰.

Deste modo, resta latente a “função limitadora ao legislador penal” exercida pelo bem jurídico, “reduzindo a criação de tipos penais, e determinando que a

⁸⁶ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu Combate**. Salvador: JusPodvm, 2011, p. 55.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

⁸⁹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 85.

⁹⁰ POLIANO NAVARRETE, apud PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 23.

criminalização de condutas só pode ocorrer quando houver lesão a interesses fundantes da sociedade”⁹¹.

Em sua obra acerca da criminalidade de colarinho branco⁹², Fausto Martin de Sanctis dedica especial espaço para se debruçar sobre a problemática do “bem jurídico tutelado” (aqui entendido como bem jurídico afetado) pelo crime de lavagem de capitais. Neste contexto, mencionado autor faz referência ao preâmbulo da Convenção de Viena (1998), o qual dispõe que as condutas provenientes da criminalidade organizada

minam as bases de uma economia lícita e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, além de invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade em todos os níveis.

Impende ressaltar, todavia, que, em que pese o direito se construa em grande parte a partir do discurso e da dialética, invocar termos abstratos e genéricos de natureza meramente retórica, com a finalidade de convencer determinados pontos de vista é perigoso e deve ser evitado. O fato do Direito ser uma ciência social não significa que prescinde de um mínimo fundamento empírico.

Em termos de Direito Penal, o fundamento empírico seria justamente a lesão a determinado bem constitucionalmente consagrado. Este bem é o que se chama de “bem jurídico”, fundamento *sine qua non* para a intervenção penal. Afinal, ao contrário do que afirma Sanctis, e que já foi expresso acima, a “fundamentação racional” consiste justamente em demonstrar a necessidade real de atuação do Direito Penal.

As teses acerca de qual seria o bem jurídico afetado pelo crime de lavagem de capitais são diversas, perpassando pela saúde pública; administração da justiça; Ordem econômica ou socioeconômica; pluriofensividade; licitude dos bens que circulam o mercado; Ordem socioeconômica/financeira, diretamente, e Administração da Justiça, indiretamente.

O esforço aqui realizado será no sentido de demonstrar as teses já utilizadas para a fundamentar qual seria o bem jurídico sobre o qual se debruça o crime de lavagem

⁹¹ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

⁹² SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômico e financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 185.

de capitais, analisando se existe algum bem jurídico suficiente para fundamentar a intervenção penal, e se sim, qual seria esse bem jurídico.

3.2.1 A saúde pública e o bem jurídico do delito antecedente

A saúde pública é o primeiro bem jurídico suscitado para fundamentar a lavagem de capitais, de modo que possui uma intrínseca relação com as suas origens, já que, como visto, este crime tinha como único delito antecedente o tráfico ilícito de drogas.

Deste modo, revela-se a ideia de que a lavagem de capitais tinha o intuito de ser mais uma arma nas mãos do Estado na guerra contra as drogas nos Estados Unidos, merecendo nota o quanto disposto na Convenção de Viena de 1988, no sentido de “refrear o aumento incessante e incontrolável do tráfico de droga, por meio da criminalização da inserção fraudulenta de capital ilícito no mercado”⁹³.

É que “o objetivo mais importante em que se baseiam as estratégias de controle à lavagem e a retirada do produto do delito se relacionam com a prevenção na forma de redução de oportunidades”⁹⁴ (tradução livre) que seriam obtidas através do uso legítimo do dinheiro que se auferiu com o tráfico, impedindo-se, também, a retroalimentação do sistema criminoso de tráfico.

Assim, Hans-Jörg Albrecht pondera que as estratégias de controle e fiscalização da lavagem de capitais podem ser efetivas em relação ao narcotráfico, por meio de vários mecanismos, os quais: intimidariam o poder patrimonial do narcotráfico “por meio da diminuição de possibilidades de obter lucro”; diminuiriam a demanda por narcóticos; e por fim, a inviabilização de retorno financeiro com o narcotráfico⁹⁵.

Com efeito, Föppel e Luz chegam a conclusão de que ao se adotar a criminalização da lavagem de capitais como meio para a persecução e descobrimento do delito de

⁹³ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

⁹⁴ ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero**. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, p. 49. “*El objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado com la prevención en la forma de reducción de oportunidades*”.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 50.

tráfico resta evidente a “perda de controle pelo Estado daquela atividade criminosa”⁹⁶.

Deste modo, diante do fato de se atrelar a criminalização ao crime de tráfico de entorpecentes como sendo o único delito antecedente, chega-se a conclusão de que o bem jurídico afetado pela lavagem de capitais é justamente a saúde pública.

Todavia, a admissibilidade da “tutela” da saúde pública como bem jurídico traz a controversa existência de dois crimes que pretendam proteger um bem que já se encontra “devidamente tutelado por outro tipo penal”, além de que admitindo-se tal fundamentação do bem jurídico, “é conceber a atipicidade da conduta de ocultação e dissimulação de bens e valores realizada pelo sujeito que cometeu o crime antecedente”⁹⁷.

Além disso, com a 2ª geração da lavagem de capitais, tem-se a inserção de outros delitos como antecedentes, o que afasta, sem estreme de dúvidas, a tese de que o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais seja a saúde pública. Deste modo, “a lavagem de valores obtidos com o tráfico de drogas afetaria a saúde pública, da mesma forma que a reciclagem de bens derivados da extorsão mediante sequestro lesionaria a liberdade individual e o patrimônio”⁹⁸.

Ao citar o argumento a favor do bem jurídico do crime antecedente como bem jurídico da lavagem, segundo o qual “a punição da lavagem de dinheiro não ‘olha para trás’, para o delito pretérito, mas para a afetação futura de bens jurídicos similares”, dando à incidência da norma penal um caráter preventivo-geral negativo, Bottini assevera que “essa punição em perspectiva, por possíveis atos futuros, não é apta a fundamentar o exercício do *ius puniendi*, pois movimenta um aparato repressivo diante de uma mera possibilidade”⁹⁹.

Além disso, a sustentação desde bem jurídico tem outras complicações, como o fato de existir um esforço internacional no sentido de tornar o delito de lavagem

⁹⁶ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos à de Lei Brasileira de Lavagem de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 83.

independente (no Brasil temos o quanto disposto no art. 2º, II, da Lei 9.613/1998¹⁰⁰), além de que adotando tal pensamento, chegar-se-ia à vedação da “autolavagem”, sendo a lavagem de dinheiro por aquele que comete o crime antecedente um mero exaurimento; e, por fim, com esse entendimento, haveria uma punição igual para delitos que provocam lesões diferentes¹⁰¹.

Deste modo, percebe-se que considerar como bem jurídico da lavagem de capitais aquele que é afetado pelo delito antecedente não é capaz de sustentar a manutenção de tal criminalização, seja pela afetação aos princípios do *ne bis in idem* e da proporcionalidade, seja pelo fato de haver um esforço no sentido de desvincular a lavagem de capitais ao delito antecedente, concedendo-lhe um caráter autônomo.

3.2.2 A administração da justiça

Há ainda quem defenda que o bem jurídico afetado pelo crime de lavagem de capitais seja a administração da justiça, na medida em que “coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas”¹⁰².

Nesse sentido, Bottini sustenta que há uma superação da impossibilidade de autolavagem, bem como concede ao delito de lavagem de capitais uma maior autonomia, vencendo, assim, a problemática de se utilizar como fundamento do crime de lavagem o mesmo bem jurídico do delito antecedente¹⁰³.

Adotando-se essa tese, o crime de lavagem estaria no mesmo patamar dos crimes contidos no Título XI, Capítulo III, do Código Penal¹⁰⁴. Resguardadas as

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 27 set. 2017. “O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84/85.

¹⁰² *Ibidem*, p. 85.

¹⁰³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰⁴ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em 14 abr. 2018.

peculiaridades de cada delito, ao fazer menção a qual seria o Bem Jurídico “tutelado” por tais crimes, Bitencourt¹⁰⁵ sustenta que a administração da justiça seria o bem jurídico resguardo, na medida em que a prática de tais condutas põe em xeque, em especial, a moralidade e respeitabilidade da justiça.

Parece restar evidente, assim, o caráter preventivo geral positivo sob a perspectiva de Jakobs, na medida em que “tutelar” a administração da justiça seria, “ao fim e ao cabo” aplicar uma pena àquele que agiu contra a sua “moralidade e respeitabilidade”, de modo a reafirmar a validade da norma e consequentemente o prestígio da jurisdição.

Além disso, especificamente em relação à lavagem de capitais, aderir a tal tese seria, ao fim e ao cabo, “dizer que aquele que praticou o crime precedente tem o dever de acusar-se”, o que é incompatível, na medida em que o Direito Penal somente pode pretender proteger “aqueles comportamentos exigíveis da sociedade”¹⁰⁶.

Com efeito, “através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar a sua defesa”¹⁰⁷.

Além disso, “lastreado no conceito de administração da justiça enquanto bem jurídico, pode-se, expandindo este conceito aberto e carecedor de definição, utilizar-se para fundamentar praticamente qualquer conduta”, o que vai de encontro com a finalidade limitadora estabelecida pelo bem jurídico à atuação penal, conforme prelecionam Föppel e Luz¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial 5. Dos Crimes contra a Administração Pública. Dos Crimes praticados por Prefeitos**. 4. Ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299, 319, 323, 328, 344, 348, 354, 359, 367, 375, 384, 401, 411, 416, 424, 428, 433, 438, 443, 446.

¹⁰⁶ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446.

¹⁰⁸ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2011, p. 21.

3.2.3 Pluriofensividade

Há ainda autores que defendam a ideia de pluriofensividade do delito de lavagem. Todavia, “apontar como diversos os bens jurídicos tutelados é o mesmo que indicar nenhum”, além de que, ao não se estabelecer um elemento interpretativo para a aplicação da pena, existe um enfraquecimento do instituto, além de não contribuir “para a orientação da aplicação da lei penal”¹⁰⁹.

3.2.4 A ordem econômica

Inobstante todas as críticas, a doutrina parece ser pacífica no sentido de entender a Ordem Econômica como sendo o bem jurídico tutelado por tal crime, inclusive porque, como visto alhures, esta é uma possível conclusão que se chega ao lermos o preâmbulo da Convenção de Viena, o que, ainda assim, torna-se duvidoso pela leitura do seu conteúdo, conforme aqui se verá.

Nesta senda, importante distinção a se observar e ponderar acerca das diferenças entre Ordem Econômica e Economia. Aquela deve ser entendida como “o conjunto de regramentos jurídicos de que lança mão o Estado para fins de realização de sua política econômica”¹¹⁰. Em sentido diverso, a economia “não carece de regulamentação para se desenvolver”, não obedecendo a regras jurídicas, mas sim a preceitos extraídos pela própria experiência¹¹¹. Deste modo, a criminalização da lavagem de capitais jamais poderá ser utilizada como um meio de promoção de lucro, mas sim para assegurar a efetivação do modelo econômico adotado politicamente.

Neste particular, Eros Roberto Grau contribui conceituando Ordem Econômica como sendo “parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser)”, nada sendo, senão “um conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93/94.

¹¹⁰ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate.** Salvador: JusPodvm, 2011, p. 37.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 38.

do ser)”, informando ainda que o conteúdo do conceito de ordem econômica sempre esteve presente nas Constituições liberais¹¹².

Com efeito, Washington Peluso Albino de Souza contribui ao conceituar a Ordem Jurídica como sendo um “conjunto de normas jurídicas que definem, pela sua disposição harmônica, o sistema ou regime jurídico”, chegando, assim, a uma concepção teórica (sistema), bem como a uma “definição do Direito vigente, em seu conjunto (regime)”¹¹³.

O autor ainda faz a definição do que vem a ser a Ordem Econômica e a Ordem Jurídico-Político-Econômica. A primeira se refere ao “modelo econômico” e a vida econômica, “compondo-se de princípios fornecidos pela Ciência Econômica”; a segunda se refere às disposições constitucionais, “indo até as medidas de natureza legal, que, na legislação ordinária, serão instrumentos de efetivação da política econômica correspondente à ideologia adotada”¹¹⁴.

Deste modo, o que Albino de Souza chama de Ordem Jurídico-Político-Econômica é a Ordem Econômica aqui mencionada, com sendo as normas do Direito Posto que visam a realização da política econômica de um Estado, conforme assinalado por Thais Bandeira.

A Constituição Federal do Brasil concebe a Ordem Econômica nos termos do art. 170¹¹⁵, o que nos leva a inferir que o constituinte originário, ao conceder um status constitucional, quis colocá-la como um dos âmbitos de proteção do Ordenamento Jurídico, sendo, inclusive, uma parte desse.

Assim, a lavagem de capitais afetaria a Ordem Econômica na medida em que, quando esse capital é reinserido ao mercado, cria distorções econômicas, diante da quebra da competitividade, pois “o acesso das empresas de fachada aos fundos

¹¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70.

¹¹³ DE SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de Direito Econômico. Tiragem comemorativa ao centenário de nascimento do autor**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 177.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.179/180.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 20 abr. 2018. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

ilícitos permite-lhes subsidiar os seus produtos e serviços, oferecendo-os a preços até inferiores aos do mercado”¹¹⁶.

Nesse mesmo sentido, Bottini, menciona como argumento favorável a essa tese o fato de que

os valores derivados de práticas criminosas e reinseridos na economia afetariam a livre iniciativa, o sistema concorrencial, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, turbariam o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus operadores¹¹⁷.

Válido, ainda, mencionar que Prado considera relevante “para o funcionamento escorrido da ordem socioeconômica de um determinado país, resguardar a licitude dos bens e capitais que circulam no tráfego econômico e combater a lavagem de dinheiro ou bens procedentes de operações delitivas”¹¹⁸.

Em suma, o bem jurídico afetado pela lavagem de capitais seria a Ordem Econômica “uma vez que a referida lei destina-se a evitar que os valores advindos de condutas ilícitas imiscuam-se com aqueles lícitos que circulam na economia, pondo em risco a sua estrutura e funcionamento de diversas formas”¹¹⁹.

Destarte, essa parece ser a fundamentação mais coerente em relação ao delito de lavagem de capitais, na medida em que o já mencionado art. 170, da Constituição Federal do Brasil consagra, dentre os princípios da Ordem Econômica, a livre concorrência.

Nada obstante, a tese não está livre de críticas, que são inegavelmente pertinentes. Föppel e Luz reconhecem tais críticas, ponderando, entretanto, ser essa a teoria mais acertada, passível de “conferir coerência dogmática ao diploma normativo”¹²⁰.

Advirta-se que aqui entende-se ser mais adequada a tese da Ordem Econômica como sendo o bem jurídico afetado pela lavagem de capitais. Todavia, mais do que buscar, dentre as teses existentes qual a mais compatível, deve-se buscar entender

¹¹⁶ SCHOTT, Paul Allan. **Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo**. Segunda Edição e Suplemento sobre a Recomendação Especial IX. Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, 2004, p. II-16.

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86/87.

¹¹⁸ PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 367.

¹¹⁹ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos à Lei Brasileira de Lavagem de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

¹²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

se a tese também é suficiente para legitimar a intervenção penal, criticando, inclusive, a própria lei de lavagem de capitais.

Numa perspectiva mais contundente, Castellar¹²¹ faz uma análise crítica da Convenção de Vienna que considera o tráfico ilícito como sendo um causador da desestruturação econômica, bem como um corruptor da administração pública, informando que tais considerações não possuem fundamento, na medida em que as crises econômicas, em especial o *crash* de 1929, não ocorreram por conta de “quadrilhas de traficantes de drogas, de armas, de pessoas ou por terroristas de qualquer coloração”, mas sim a partir da adoção de uma “política neoliberal de desregulação dos mercados”.

Com efeito, o autor conclui que tais argumentos constantes na Convenção de Vienna, que, como se verá, foi o diploma pioneiro no sentido de implementação internacional de medidas anti-lavagem, são meramente retóricos, tendo em vista que as organizações criminosas não possuem a potencialidade de lesar os mercados, nem de causar danos aos sistemas econômico-financeiros das nações, informando que “estes são bastante sólidos, pois mesmo depois da debacle os mercados continuam vivos, apesar de alguns países estarem atravessando importantes crises recessivas”¹²².

Contudo, ainda que se entenda tal argumentação como sendo demasiadamente radical, a tese da Ordem Econômica enquanto bem jurídico afetado pelo processo de lavagem ainda encontra outros obstáculos e imperfeições.

Entrementes, pode-se suscitar a imprecisão do conceito de Ordem Econômica, o que, todavia, Bottini¹²³ considera que não é um óbice para a criminalização, na medida em que seria possível orientar a aplicação da norma penal; ainda seria possível sustentar que, o dinheiro, ainda que sujo, ao entrar na economia formal pode contribuir para o seu aprimoramento, o que, também segundo Bottini¹²⁴, não se sustenta, pois, ainda assim haveria um prejuízo à concorrência, pois o capital sujo acaba ficando livre de onerações tributárias, trabalhistas, entre outras.

¹²¹ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres.** Revan, p. 211/212.

¹²² *Ibidem*, p. 212.

¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 88.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 89.

Não se nega, aqui, a importância constitucional concedida à Ordem Econômica, inclusive sob a faceta da livre concorrência. Todavia, o simples fato de não haver a concessão de intervenção penal diante da sua suposta afetação não torna tal bem jurídico desprotegido, nem mesmo “admite – ou facilita – o uso de produtos ilícitos”¹²⁵ no mercado formal.

3.3 A LAVAGEM DE CAPITAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A lavagem de capitais começou a ser um evento internacionalmente pautado a partir do final dos anos 80, com a produção de diplomas normativos que versavam sobre o tema, e buscavam soluções para o seu combate, “como a Recomendação R(80)10 do Comitê de Ministros da Europa (1980), o Programa Internacional de Ação do Rio de Janeiro contra o uso, proteção e tráfico ilícito de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas (1986) e o *Money Laundering Act Control* (EUA, 1986)”¹²⁶.

Com efeito, existe um documento que reúne 40 recomendações Financial Action Task Force ou Grupo de Ação Financeira Internacional (FAFT-GAFI), de 1990, que passou por uma alteração em 2001, após o famigerado ataque de 11 de Setembro, o qual estabelece a necessidade de adoção das ações diretivas da política inaugurada nos Estados Unidos (EUA) do Follow The Money¹²⁷.

O GAFI, por sua vez, possui como função a definição de padrões e promoção da “efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esse crime”¹²⁸.

¹²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 35/36.

¹²⁷ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 67.

¹²⁸ FAFT-GAFI. **Padrões Internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: as recomendações do GAFI.** Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.1.], 2012. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>, Acesso em: 10 mai. 2018.

Tais medidas estabelecidas pelo órgão são pautadas no padrão internacional, de modo que ao serem aderidas pelos países, quando da implementação, devem ser adotadas medidas de adaptação às suas circunstâncias particulares. As recomendações dadas pelo GAFI devem ser adotadas com a finalidade de:

- (i) identificar os riscos e desenvolver políticas e coordenação doméstica; (ii) combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e da proliferação; (iii) *aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados*; (iv) estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (...) e outras medidas institucionais; (v) aumentar a transparência e disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas e de outras estruturas jurídicas; e (vi) facilitar a cooperação internacional¹²⁹ (*grifo nosso*).

Além das recomendações dadas pelo FAFT-GAFI, ainda existem outros documentos produzidos no âmbito internacional que possuem como objetivo o enfrentamento da lavagem de dinheiro, merecendo destaque três deles, tendo em vista a sua incorporação formal no ordenamento jurídico brasileiro, o que tem impacto direto na construção dos diplomas normativos internos, quais sejam a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, e a Convenção de Mérida¹³⁰.

A Convenção de Viena (1988), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 154, de 1991, é a pioneira nessa seara, de modo que o seu objetivo principal ainda é o combate ao tráfico de drogas, sendo a criminalização da lavagem de capitais (ainda que não haja expressa referência a esse termo) uma forma de “privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade”¹³¹.

Já a Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial 5.015 de 2004, possui como cerne de enfrentamento as “organizações criminosas, nas suas diversas formas”¹³². Este diploma supera o anterior na medida em que, além de fazer expressa menção à lavagem de capitais,

¹²⁹ FAFT-GAFI. **Padrões Internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: as recomendações do GAFI**. Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.1.], 2012. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>, Acesso em: 10 mai. 2018.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.

¹³¹ BRASIL. **Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acessado em 30 abr. 2018.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 37.

reconhece que este pode decorrer de diversos delitos e não somente do tráfico de drogas¹³³.

Em um último momento, a Convenção de Mérida, promulgada pelo Brasil em 2006, por meio do Decreto 5.687, “tem por objetivo específico o combate à corrupção” com a imposição aos “Estados Parte a instituição de rígidos controles administrativos sobre a atuação de setores sensíveis”¹³⁴, havendo, no Brasil, a lei 12.846/2013, que “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”¹³⁵.

Desta feita, resta evidente o amplo debate para o desenvolvimento de meios, no âmbito internacional, capazes de enfrentar a lavagem de capitais, diante do seu caráter transnacional. Tamanha é a preocupação, que existem, dentro de algumas organizações internacionais, sanções premiais, que criam rankings de “países com bom nível de controle e eficientes mecanismos de evitação da lavagem de dinheiro”¹³⁶.

Assim, da mesma forma que estar em uma boa colocação no ranking revela fatores de confiança em favor do país, fazendo com que haja investimento e consequente desenvolvimento, “o descumprimento das recomendações de combate à lavagem de dinheiro possibilita a aplicação de sanções políticas e econômicas aos países desidiosos”¹³⁷.

Neste particular, importante mencionar que ao estabelecer essas sanções aos descumpridores e prêmios aos cumpridores das determinações internacionais, parece restar evidente a “criação virtual” de um prejuízo aos países que não cumprem as medidas, de modo que o argumento sustentado por Maia, e já trazido aqui, não se sustenta, na medida em que não é possível criminalizar uma conduta

¹³³ BRASIL. **Decreto n. 5.015 de 12 de Março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acessado em 30 abr. 2018.

¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

¹³⁵ BRASIL. **Lei n. 12.846 de 1 de Agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acessado em 30 abr. 2018.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 39.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 40.

apresentando como prejuízo algo que é criado. Seria como inventar o problema para vender a solução.

Não se deve olvidar, todavia, que, ainda que se entenda necessária e legítima a implementação de medidas de “combate” à lavagem de capitais, seguindo as diretrizes traçadas na esfera internacional, é imprescindível que se faça uma análise de “compatibilidade com os institutos constitucionais e os princípios que regem a criação e interpretação normativa nacional”¹³⁸.

3.4 AS FASES DA LAVAGEM DE CAPITALIS

Como já visto acima, as alterações dadas à Lei 9.613/98 pela Lei 12.683/12 produziu uma mudança substancial na estrutura do crime de lavagem de capitais porquanto tenha retirado um rol taxativo de crimes antecedentes. O Projeto de Lei 3.443/08, que foi convertido na lei 12.683/12, “foi bastante debatido por diversos órgãos que participam da Estratégia Nacional e Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)”, que é composta por “diversas agências estatais, como Receita Federal do Brasil, Banco Central, Ministério da Justiça, Ministérios Públicos, estadual e federal, Polícia Federal, Justiças estadual e federal etc”, seguindo as recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI)¹³⁹.

Assim, basta que se constate a procedência criminosa da vantagem econômica para que se inicie a persecução para a descoberta de eventual lavagem de capital¹⁴⁰. Nas palavras de Luiz Regis Prado, constitui lavagem o “processo de ocultação ou dissimulação de bens ou valores originários de infração penal com o objetivo de dar-lhes aparência de legitimidade (= licitude), para em seguida integrá-los no sistema econômico”¹⁴¹.

No que concerne ao objeto material do delito em questão, estes podem ser “tudo o que tem utilidade, podendo satisfazer uma necessidade ou suprir uma carência, mas

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 40.

¹³⁹ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência Econômica e Financeira.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 193/194.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 195.

¹⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

sempre com valor econômico”¹⁴². Assim, em que pese a expressão “Lavagem de Capitais” não seja unânime, parece ser o termo mais adequado, pois o termo “Lavagem de Dinheiro” “reduz a complexidade do fenômeno ao Dinheiro, excetuando os outros bens que podem fazer parte do processo”¹⁴³.

Ademais, seguindo o pensamento ventilado por Ilana Martins, o termo “Lavagem” cumpre melhor o papel de definição do fenômeno, na medida em que, além de ser o mais coerente com a expressão *Money laundering*, não denotando um viés preconceituoso, como a expressão “branqueamento”, nem mesmo traduzindo um efeito positivo como a expressão “reciclagem”, já que a Lavagem de Capitais supostamente produz “efeitos deletérios”¹⁴⁴.

Por fim, ainda em relação ao objeto material da lavagem de capitais, para que a conduta seja típica, os bens, direitos e valores devem ser oriundos, “direta ou indiretamente, da prática anterior de uma infração penal”¹⁴⁵. Assim, nesse rol encontram-se “os ganhos, benefícios ou vantagens obtidas pela prática delitiva, bem como preço do crime”¹⁴⁶.

Trata-se, assim, de crime complexo, com natureza acessória, na medida em que “consiste num conjunto de procedimentos que vão conferir uma aparência lícita ao capital obtido com a prática criminosa antecedente”¹⁴⁷. Esse conjunto de procedimentos se dá através de três fases: colocação ou ocultação; cobertura ou dissimulação; e integração¹⁴⁸. Essa é a conclusão a que a doutrina majoritária chega diante do disposto no art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.613/98, que descrevem, cada um, uma conduta que perfaz uma fase¹⁴⁹.

A colocação ou ocultação consiste nos atos praticados no sentido de “auxiliar toda pessoa envolvida na prática da infração principal a se elidir das consequências jurídicas dos seus atos”¹⁵⁰. Aqui, o sujeito esconde o capital, sem, contudo, alterar a

¹⁴² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 376.

¹⁴³ LUZ, Ilana Martins. **Complicance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 57.

¹⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, 2014, p. 376.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 377.

¹⁴⁷ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2018, p. 59.

¹⁴⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴⁹ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência Econômica e Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 368.

sua natureza criminosa¹⁵¹. Deste modo, haverá um esforço do agente no sentido de “distanciar o capital criminoso, evitando a descoberta do crime antecedente”¹⁵².

Sanctis, ao falar dessa fase de afastamento dos ativos financeiros da sua fonte criminosa, exemplifica como condutas hábeis a este fim a “alteração qualitativa dos bens ou o próprio distanciamento dos valores do local da prática delituosa”¹⁵³. Como exemplos de atos de ocultação, é possível citar o depósito dos valores obtidos ilicitamente em pequenas quantias para não chamar atenção das autoridades públicas, bem como a conversão dos bens em moeda estrangeira, utilização de “laranjas”, ou até mesmo a transferência do capital para outro país¹⁵⁴.

A colocação pode ainda ser bem definida com a realização de fracionamento do valor ilícito, realizando uma série de depósitos que pelo seu valor individual “escapam do montante alvo de investigação pela Administração”, e até mesmo de mistura desses valores com valores lícitos obtidos a partir de prática de atividades pouco fiscalizadas¹⁵⁵.

Ainda na esteira de Ilana Martins, tem-se que, em que pese haja a criminalização isoladamente considerada da conduta de ocultar o bem ilícito, para que esta fase reste consumada, seria necessário a comprovação da intenção do agente de ocultar o bem para depois promover à dissimulação e reinserção no mercado. A ocultação punível seria, portanto, um mero desdobramento para a prática do ilícito¹⁵⁶.

Nesse mesmo sentido se posicionam Badaró e Botini, segundo os quais, em que pese no plano objetivo haja a mera exigência da ocultação dos bens para que o delito reste caracterizado, haveria, na esfera subjetiva, a necessidade da existência da “intenção de reciclar os bens, o desejo de completar o ciclo de reciclagem”¹⁵⁷.

Todavia, dada máxima vênia ao pensamento dos mencionados autores e autora, não parece ser essa a correta interpretação, tendo em vista que o tipo penal não faz

¹⁵¹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 59.

¹⁵² *Ibidem*, p. 60.

¹⁵³ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência Econômica e Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

¹⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

¹⁵⁵ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 77/78.

¹⁵⁶ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2018, p. 75.

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, 2016, p. 33.

menção à necessidade de um especial fim de agir por parte do agente, exigindo somente que ocorra a ocultação da “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”¹⁵⁸.

Assim, ainda que se entenda que a lavagem deva ser interpretada sobre um viés minimalista, o que é factível, o legislador não previu dessa forma. Em verdade, diante da criminalização das três fases da lavagem, o legislador quis alcançar o máximo de condutas possíveis.

Em verdade, o fato de não se exigir o especial fim de agir do agente, qual seja, a intenção de reinserir os ativos financeiros auferidos com a prática criminosa no mercado, é um indício de que a criminalização da lavagem de capitais continua sendo mais uma arma nas mãos do Estado para a descoberta do crime antecedente (em especial o tráfico de entorpecentes e a corrupção), sendo o discurso de proteção da “Ordem Econômica” uma “justificativa retórica” para fundamentar a criminalização.

A posteriori, é na fase de dissimulação (segunda fase), ou em inglês, *layering*, que ocorre o mascaramento do capital. Há “uma série de operações comerciais ou financeiras que, por sua quantidade ou outros caracteres qualitativos, dificultam o rastreamento da origem dos bens sendo lavados”¹⁵⁹. Deste modo, o esforço é no sentido de conferir uma aparência lícita ao capital criminoso. Aqui o sujeito arca com um “custo”, conforme assinala Ilana Martins fazendo menção à Badaró e Bottini¹⁶⁰.

Tem-se como exemplos de atos de dissimulação a “valorização artificial de bens móveis e imóveis, em que o agente fraudula a escrituração ou o contrato que menciona o valor da compra do bem para justificar alguma aquisição patrimonial”, bem como a famosa prática da “Vaca de Papel”, na qual existe uma “reprodução extraordinária” de gado, para que haja uma simulação de lucro através da

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acessado em: 13 mar. 2018.

¹⁵⁹ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência Econômica e Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

¹⁶⁰ BADARÓ; BOTTINI *apud* LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 61.

exploração dessa atividade. Existe ainda, na realidade empresarial, a simulação de lucros em empresas que em verdade não são lucrativas¹⁶¹.

Os atos de dissimulação nessa fase são variados, dependendo somente da criatividade do agente, que lançará mão de artifícios escusos para conferir aparência lícita ao capital ilícito. Nesse particular, é importante ressaltar o uso das práticas negociais para a realização da “lavagem”, tendo em vista que se trata de prática que possui alta relevância para as obrigações de *compliance*¹⁶².

Note-se que os conceitos de “ocultação” e “dissimulação” podem eventualmente parecer comezinhos. Nesse particular, Luiz Regis Prado elucida a situação ao ponderar que “a distinção entre ocultar e dissimular está no fato de que no primeiro há o mero encobrimento, enquanto no último há emprego de astúcia, de engano, para encobrir, para tornar imperceptível, ou não visível”¹⁶³.

A última fase é quando o sujeito procede à reintegração do capital ilícito, que agora possui aparência lícita, ao mercado formal¹⁶⁴. O sujeito consegue, aqui, comprovar a origem do dinheiro, podendo reinseri-lo no mercado, de modo que é o fim último de quem lava o capital¹⁶⁵.

Para que essa fase seja considerada criminosa, o agente precisa ter realizado ao menos uma das etapas anteriores, ou seja, caso o capital tenha sido ocultado ou dissimulado, pois na hipótese contrária, o sujeito não pretende mascarar a aquisição do capital, de modo que o uso direto do capital permite que haja o rastreamento por parte das autoridades, bem como dos agentes econômicos¹⁶⁶.

Tal afirmação pode, em uma análise superficial, levar ao entendimento de que não havendo o crime pela possibilidade de haver o rastreamento do capital pelas autoridades, o bem jurídico tutelado pela norma seria a administração da justiça, ou até mesmo o bem jurídico do crime antecedente (já que rastreando o lucro auferido pela prática do ilícito, seria possível, em tese, puni-lo). Acontece que não é essa a conclusão a se tomar, conforme entendimento de Ilana Martins.

¹⁶¹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 62.

¹⁶² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. Ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 376.

¹⁶⁴ SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência Econômica e Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

¹⁶⁵ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 78.

¹⁶⁶ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2018, p. 62.

Com efeito, o crime de lavagem de capitais, como já visto, possui como bem jurídico a Ordem Econômica em sentido estrito (em que pese ainda haja doutrina em sentido contrário¹⁶⁷). A prática do falseamento, destarte, teria a potencialidade de impedir a transparência dos fluxos financeiros que “é extremamente relevante para se alcançar a concorrência perfeita”, e permitindo-se “que o capital fácil, obtido ‘fora das regras do jogo’ seja inserido na economia, de forma mascarada, a Lavagem desestabiliza o acesso dos agentes econômicos ao mercado formal”¹⁶⁸.

Inobstante haja essa divisão doutrinária das fases do delito de lavagem de capitais, que, diga-se, não é pacífica na doutrina, muitas vezes não é possível distinguir na prática em que fase específica ele se encontra. Além disso, a sua realização não ocorre rigorosamente de tal forma, podendo haver situações em que “com uma única operação, o dinheiro retorne ao mercado financeiro, com a aparência lícita”¹⁶⁹.

Deste modo, Thais Bandeira postula que como o caput do art. 1º da lei 9.613/98 estabelece a ocultação como um dos núcleos, “pode-se, com tranquilidade, afirmar que somente a fase de colocação já consoma a lavagem”, sem haver a necessidade da prática da dissimulação, que, de igual modo, é um dos núcleos do mencionado dispositivo legal, nem mesmo da reinserção, concluindo que “qualquer conduta que tenha como objetivo mascarar a origem ilícita de bens, direitos ou valores já torna o delito consumado”, por ser um delito de perigo¹⁷⁰.

Anote-se, neste sentido, que tal ideia não parece violar o pensamento acima explicitado acerca da necessidade de um especial fim de agir, postulado por Ilana Martins. Justifica-se! É que o pensamento de tal autora se refere, em verdade, a uma análise subjetiva, defendendo que o dolo do crime de lavagem de capitais é um dolo específico, enquanto que Thais Bandeira faz análise em relação ao momento de consumação do delito, postulando que se trata de um crime de perigo abstrato, e, portanto, não exigindo que haja êxito na operação, ou seja, o uso do proveito econômico já com aparência lícita no mercado formal.

¹⁶⁷ Nesse sentido, BADARÓ; BOTTINI. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89/93.

¹⁶⁸ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 63.

¹⁶⁹ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções Político-Criminais no seu combate**. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 78/79.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

3.5 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO COAF

Tendo em vista a necessidade de haver mais do que uma intimidação àquele que pratica o delito de lavagem de capitais, através do aumento de penas, é importante “a criação de um sistema de inteligência capaz de monitorar informações, sistematizar dados e gerar relatórios precisos sobre práticas de mascaramento de capitais”¹⁷¹.

Através desse norte, o GAFI, em sua Recomendação 29¹⁷², estabelece que:

os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise.

Assim, os mais diversos países, cada um dentro de sua realidade jurídica, criaram órgãos “voltados para a colheita e análise de informatizações sobre os crimes em comento e outros de natureza financeira”¹⁷³. Com o Brasil não foi diferente, possuindo, desde a promulgação inicial da lei, em 1998, já se havia criado o Conselho de Controle de atividades financeiras, conhecido como COAF, no artigo 14 da lei 9.613/98¹⁷⁴.

Tais órgãos podem ser de natureza judicial, coercitiva ou administrativa¹⁷⁵. No Caso do COAF, composto pelos membros elencados no art. 16, da Lei 9.613/98¹⁷⁶, a

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

¹⁷² FAFT-GAFI. Padrões Internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: as recomendações do GAFI. Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.1.], 2012. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>, Acesso em: 10 mai. 2018.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, 2016, p. 46.

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9613.htm. Acessado em 13 mar. 2018.

¹⁷⁵ CAVALCANTI, José Robalinho apud BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, 2016, p. 47.

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei de Lavagem de Capitais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. “O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado”.

natureza é administrativa, de modo que não lhe compete a promoção de medidas cautelares, quebras de sigilo, ou mesmo a instauração de processo penal, servindo, por sua vez, para a elaboração de “Relatórios de Inteligência Financeira”, contribuindo para o combate da lavagem de capitais através da elaboração de planejamento estratégico, de ações de inteligência e de gestão de dados¹⁷⁷.

A inteligência do COAF se manifesta a partir da recepção de dados das pessoas obrigadas¹⁷⁸ os quais serão objetos de relatórios “para subsidiar autoridades competentes para investigar ou dar início à persecução pelo crime de lavagem de dinheiro”¹⁷⁹.

Além disso, diante da natureza administrativa, com dever de supervisão, o COAF ainda possui as funções regulatórias e repressivas, a partir da formulação de regras acerca do cadastro de clientes, bem como de informações de suspeita de lavagem de capitais, além da competência para processar e punir no âmbito administrativo ad pessoas que descumpram as regras previstas¹⁸⁰.

Além disso, o órgão ainda funciona como âmbito para “estudos e diagnósticos sobre lavagem de dinheiro e a formulação de estratégias de combate à prática”, participando de fóruns nacionais e internacionais¹⁸¹.

3.6 A RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Conforme visto até o momento, lavagem de capitais é um delito extremamente complexo, e que se perfaz através da prática de vários atos concatenados que possuem a finalidade de conceder uma aparência lícita ao ativo financeiro auferido pela prática de alguma infração criminosa.

É nessa perspectiva que Pierpaolo Cruz Bottini¹⁸² assinala que a autoria e a participação em relação a este delito possui determinadas particularidades, na

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

¹⁷⁸ Vide art. 9º, da Lei 9.613/98, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm.

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, 2016, p. 48.

¹⁸⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 49.

medida em que “os atos de encobrimento são em geral praticados em concurso, e não raro seus agentes utilizam atividades de profissionais de diversos setores da economia para alcançar seus objetivos”.

O presente tópico do trabalho visa, portanto, analisar o que se tem em termos de autoria e participação a partir do Direito Penal Clássico, bem como ventilar algumas teses que visam reconhecer e atribuir responsabilidade penal (como autor ou partícipe) aos sujeitos que atuam dentro de uma organização empresarial, sem perder de vista, contudo, a culpabilidade enquanto princípio fundamental para a responsabilização criminal.

3.6.1 A autoria no Direito Penal

“A relação do sujeito ativo com a conduta descrita no tipo legal pelo legislador pode existir sob as formas de autoria e participação, como categorias gerais que abrangem todas as modalidades de contribuições pessoais para o fato criminoso”¹⁸³. Assim, a autoria e a participação se referem a forma de responsabilização dos sujeitos que interferem na realização de um delito¹⁸⁴.

Doutrinariamente, foram desenvolvidas algumas teorias para tentar distinguir o autor do partícipe, bem como para atribuir responsabilidade penal. Serão abordadas as principais a título de informação, até chegar na teoria utilizada no Código Penal pátrio, de modo a entender quem, no Brasil, é considerado autor e quem é considerado partícipe, bem como quais as diferenças porventura existentes entre eles.

Inicialmente, tem-se a “teoria objetivo-formal” que foi dominante nos anos 20, embora já esteja superada, segundo a qual “somente é considerado autor quem

¹⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.67.

¹⁸³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral.** 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 343.

¹⁸⁴ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación.** 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 718.

realiza o tipo com as próprias mãos, ao menos em parte”. O autor seria, portanto, aquele que realiza a conduta exata descrita no tipo penal¹⁸⁵.

Esta teoria, entretanto, resta insustentável, pois geraria soluções aberrantes à casos elementares do cotidiano penal, como por exemplo a situação em que alguém quer roubar um terceiro, vindo a combinar, para tanto, com um amigo, que este deverá apontar a arma para a vítima, enquanto ele realiza a subtração¹⁸⁶.

Neste caso, o sujeito que aponta a arma, segundo a teoria sobejada, responderia pelo constrangimento ilegal, enquanto que o que realiza a subtração responderia tão somente por furto, pois a grave ameaça partiu de outra pessoa.

A “teoria subjetiva”, por sua vez, é apegada a um critério anímico, definindo como autor aquele que age com *animus auctoris*, vale dizer, que “quer o fato como próprio”, ainda que não realize a conduta típica, e o partícipe como sendo aquele que age com o *animus socii*, ou seja, “quer o fato como alheio”¹⁸⁷.

Trata-se de teoria dominante na jurisprudência alemã. Todavia, é latente o seu caráter frágil por estabelecer “critérios baseados em fenômenos psíquicos (intelectuais ou emocionais), como vontade ou ânimo de autor ou de partícipe” os quais não são determináveis, sendo extremamente imprecisos¹⁸⁸, também gerando decisões aberrantes, como por exemplo a não responsabilização como autor do assassino profissional que foi contratado no estrangeiro para matar determinado grupo de pessoas, pois ele não queria o fato como seu¹⁸⁹.

Paralelo às teorias opostas já demonstradas, a “teoria do domínio do fato” adere aos critérios objetivos e subjetivos, “mas supera os limites de ambas as teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no controle do

¹⁸⁵ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación*. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 734.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral*. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 572.

¹⁸⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal. Parte Geral*. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 346.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 347.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, 2009, p. 572.

tipo de injusto e necessária para mostrar o fato como obra do autor”¹⁹⁰. Autor, seria, portanto, “a figura central do acontecer típico”¹⁹¹.

Deste modo, “possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito”¹⁹². A distinção entre autor e partícipe, todavia, dentro desta teoria, somente é cabível nos delitos gerais, não servindo para definir autor nos casos dos delitos de dever, nos quais somente o portador do dever jurídico poderá ser autor, bem como nos casos dos tipos de mão própria, nos quais somente é autor quem realiza o delito pelas próprias mãos, sendo, os demais, meros partícipes¹⁹³.

No Brasil, o art. 29 do Código Penal¹⁹⁴ cuida de definir quem deverá ser responsabilizado enquanto autor do fato, sendo este dispositivo um consectário do sistema unitário de autor, segundo o qual “todo aquele que toma parte há de ser considerado autor de um fato antijurídico e culpável, sem ter em conta as qualidades delitivas da contribuição dos demais que tomam parte”¹⁹⁵.

Trata-se, portanto, de uma teoria que originariamente não faz distinção entre autor e partícipe, de modo que “as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual”¹⁹⁶.

Nesta linha, autor é aquele “que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou significado”¹⁹⁷. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro deve-se

¹⁹⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 347/348.

¹⁹¹ GRECO, Luis; 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** in Doutrinas Essenciais. Direito Penal e Processo Penal. Gustavo Henrique Badaró (org.). Volume II. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1001.

¹⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 573.

¹⁹³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, 2017, p. 348.

¹⁹⁴ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”

¹⁹⁵ JAKOBS, Günter. Derecho Penal. **Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 719.

¹⁹⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, 2017, p. 344.

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. 1 ed. brasileira. 2 ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007, p. 760.

realizar a leitura do art. 29 em conjunto com o art. 13¹⁹⁸, ambos do código penal, para que se consiga descobrir quem será o autor, havendo uma diferenciação no que se refere à dosimetria de pena de cada um.

Por ser uma teoria extensiva, a teoria unitária de autor comporta uma série de críticas. Cirino¹⁹⁹ assevera que

Se as contribuições causais para o fato punível são equivalentes, então (a) todos os sujeitos envolvidos no tipo de injusto são nivelados, desaparecendo diferenças objetivas e subjetivas na produção do desvalor da ação e do desvalor do resultado que definem o tipo de injusto, e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais (por exemplo a qualidade de funcionário público, no peculato) ou os delitos de mão própria (o falso testemunho), o que representa um contrassenso.

Eugênio Raúl Zaffaroni²⁰⁰, por sua vez, fazendo uma análise detida do disposto no já mencionado art. 29, do Código Penal Brasileiro, conclui que, em verdade, o Código não adotou puramente a teoria unitária de autor, tendo em vista que o dispositivo não nos leva a concluir que “todos os que concorrem para o crime” são autores, mas tão somente estabeleceu um ponto de partida para a atribuição de pena para estes, vale dizer, autor e partícipe não são iguais, todavia, possuem o mesmo parâmetro legal do tipo delitivo.

Entrementes, a partir de tal ideia, não caberia ao legislador estabelecer os critérios de definição de autor e partícipe, tendo em vista que estes conceitos são retirados da realidade²⁰¹, e negar “dados ônticos não é admissível num sistema racional”²⁰².

Assim, a distinção entre autor e partícipe tem uma importância não somente para a definição da pena do sujeito que contribui para a cadeia de desenvolvimento do crime, mas também para definir, dentre os sujeitos que aparentemente contribuem para o sucesso delitivo, quem será alvo da pena.

Com efeito, admite-se no ordenamento jurídico pátrio o “emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como por exemplo a teoria do domínio do fato, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal da autoria

¹⁹⁸ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

¹⁹⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 345.

²⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 570.

²⁰¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰² *Ibidem*, p. 571.

e participação no Código Penal”, pois, conforme a sua Exposição de Motivos, o legislador decidiu realizar a distinção entre autoria e participação²⁰³.

Para além das teorias que pretendem definir quem é autor e quem é partícipe, existem ainda as divisões de tipos de autor e tipos de partícipe, sendo a autoria classificada como direta (imediata), mediata ou coletiva, e a participação como sendo através de instigação ou cumplicidade.

A autoria direta (imediata) se refere à realização pessoal do tipo injusto pelo autor, é dizer, “o sujeito preenche objetiva e subjetivamente os requisitos de uma conduta típica, de forma pessoal e direta”²⁰⁴.

A autoria mediata, a seu turno, é aquela em que o sujeito se vale de outrem para realizar pessoalmente o fato típico. “De um ponto de vista estrutural existe pois sempre nesta figura um ‘homem-de-trás ou da ‘retaguarda – precisamente aquele por cuja autoria se pergunta – e um ‘homem-da-frente’, o executor, intermediário”²⁰⁵.

O terceiro utilizado como instrumento para o cometimento do delito não é punível, é dizer, não comete crime. Deste modo, o terceiro deverá agir sem dolo, agir atipicamente ou justificadamente²⁰⁶.

Outrossim, Claus Roxin propõe uma nova forma de autoria mediata, através do domínio da organização, partindo da teoria do domínio do fato²⁰⁷. Segundo ele,

aquele que ordena tem condições de renunciar à coação ou ao engano do autor imediato, isto, porque, no caso de este não-cumprir o comando, o aparato dispõe, suficientemente de outros indivíduos para assumir a função do executor. Em razão disso, é também característico, nessa forma de autoria mediata, que o homem de trás frequentemente nem sequer conheça pessoalmente o executor imediato²⁰⁸.

Não se deve olvidar, todavia, do exemplo histórico mais evidente dessa teoria, qual seja “o domínio nacional-socialista na violência”, ou melhor dizendo, a violência perpetrada pelo nazismo. É que os líderes nazistas possuíam “em suas mãos, a

²⁰³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 349.

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 574.

²⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. 1 ed. brasileira. 2 ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007, p. 776.

²⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, 2009, p. 574.

²⁰⁷ ROXIN, Claus. **Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização**, in *Temas de Direito Penal. Parte Geral*. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coords.). Rio de Janeiro, 2008, p. 323.

²⁰⁸ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

alavanca de controle do aparato de poder”, e “através de uma instrução de poder” realizaram fatos penais, não importando a individualidade do executante²⁰⁹.

Desta ponderação, portanto, é possível captar alguns critérios para a autoria mediata através do domínio de organização, quais sejam, (a) posição de comando do autor mediato; (b) a fungibilidade do autor imediato e (c) desnecessidade de conhecimento do executor por parte do autor mediato. Nesse sentido, “é a fungibilidade (substitutibilidade ilimitada do autor imediato) que garante ao homem de trás a execução do fato que lhe permite dominar os acontecimentos”²¹⁰.

Para além disso, ainda parece ser evidente a necessidade de um aparato de poder que tenha sido constituído com o intuito de realizar fatos penais, como foi o caso no Nazismo, que em que pese tenha se instalado dentro de uma estrutura formalmente legítima de poder Estatal, se pautava numa perspectiva genocida, de modo que materialmente tinha como finalidade a realização de atrocidades em massa.

Adverta-se o fato de que a autoria mediata, em especial no sentido da “teoria do domínio do fato” tem sido utilizada no Brasil de forma errônea para tentar atribuir reponsabilidade penal ao superior hierárquico, seja dentro de uma empresa privada, seja dentro de um aparato estatal de poder, pela mera posição de hierarquia, prescindindo de todos os demais requisitos de responsabilização. Todavia, este tema será abarcado no próximo tópico.

Por fim, dentro dos tipos de autor, temos ainda o coautor, ou como definido antes, a autoria coletiva. Trata-se da hipótese em que “vários autores concorrem de forma que cada um deles realiza a totalidade da conduta típica”²¹¹. Além disso, refere-se, ainda, às hipóteses em que existe uma divisão de tarefas, vale dizer, cada sujeito realiza uma parte da conduta típica, de modo que todos serão responsabilizados pelo crime único, e não pelas condutas isoladamente consideradas²¹².

Zaffaroni pondera que, “a explicação, para esses casos, é dada pelo chamado ‘domínio funcional do fato’, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o

²⁰⁹ ROXIN, Claus. **Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização**, in Temas de Direito Penal. Parte Geral. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coords.). Rio de Janeiro, 2008, p. 324.

²¹⁰ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 576.

²¹² *Ibidem, loc. cit.*

fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado”²¹³.

O partícipe, por sua vez (indutor ou cúmplice) “é todo interveniente que não pode ser autor, seja porque sua realização organizacional implica em uma contribuição atenuada para o delito, seja porque lhe faltam requisitos de autoria específicos do delito”²¹⁴. Deste modo, a participação possui natureza acessória em relação ao delito, pois, diante da ausência de tipo injusto específico, necessita do conteúdo de injusto do fato principal²¹⁵, podendo ser na forma de instigação ou de cumplicidade.

A instigação se refere à uma determinação do cometimento de um crime doloso²¹⁶. “Instigador é quem, dolosamente, convence outro ao cometimento de um injusto doloso. Conseqüentemente, o fato do instigado (autor) deve ser uma conduta típica e antijurídica”. Além disso, Zaffaroni acrescenta que se deve utilizar algum artifício psíquico, não constituindo participação a “instigação por meios sutis ou meras insinuações”²¹⁷.

Deste modo, “não basta que se dê qualquer influxo espiritual, se não que é necessário um influxo no sentido de que há de se levar o fato a cabo” (tradução livre), de modo que o influxo deve fazer efeito, vindo o fato a ser consumado justamente por causa da comunicação feita entre o indutor e o induzido²¹⁸.

A cumplicidade, por sua vez, refere-se a uma ajuda material oferecida pelo cúmplice para a realização do delito principal (doloso), não controlando, assim como o instigador, a realização do fato punível²¹⁹. Trata-se, assim, de um auxílio e cooperação dolosos para o injusto doloso de outro²²⁰.

Com efeito, em relação ao cúmplice, é forçoso ponderar a necessidade de sua participação, vale dizer, se o seu auxílio ou cooperação foram essenciais para a realização do delito. Neste sentido, caso a participação tenha sido necessária, ou

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 577.

²¹⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 794.

²¹⁵ DOS SANTOS, **Juarez Cirino. Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 361.

²¹⁶ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 1997, p. 804.

²¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, 2009, p. 593.

²¹⁸ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, 1997, p. 805.

²¹⁹ DOS SANTOS, **Juarez Cirino. Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev. atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 367.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.*, 2009, p. 596.

seja, “o agente coopera de maneira indispensável para a execução do plano concreto por parte do autor ou dos autores”, mas “não pode ser autor porque não apresenta as características que a lei exige ao autor nos *delicta propria*, ou não realiza, pessoalmente, a ação típica nos delitos de mão própria”²²¹, ele será partícipe, sendo aplicado a ele a pena de autor.

Anote-se, neste sentido, que essa é uma interpretação extraída do §1º, do art. 29, do CP²²². É que este dispositivo consagra a existência de uma “participação de menor importância”, que fará jus a uma causa de diminuição, de modo que a sua interpretação a *contrario sensu* leva a concluir pela existência de uma “participação de maior importância”.

Todavia, não se concorda, aqui, com a hipótese de punição de uma “participação de menor importância” que não possua nexos causal com o resultado. Isso porque, em assim se considerando, estar-se-ia sendo mais rígido com uma situação menos grave, que é o caso da participação, dita de menor importância, justamente porque lhe falta o nexo de causalidade.

Se a conduta de auxílio, isoladamente considerada, não configura crime, não é possível puni-la se, mesmo com a sua inexistência, o crime ainda assim seria realizado.

A análise aqui realizada demonstra as teorias clássicas de autoria no Direito Penal, as quais, como se defenderá, não podem ser ignoradas, sequer subvertidas, sob a justificativa da existência de uma nova realidade pautada no risco, sob pena do Direito Penal restar inflado de tal forma a subverter a lógica de liberdade dentro de um Estado Democrático de Direito.

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 596.

²²² BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em 20 mai. 2018.

3.6.2 As dificuldades de imputação do crime de lavagem de capitais dentro da empresa

Após a análise das teorias que fundamentam a autoria no Direito Penal clássico, e, se entendendo aqui, pela aplicação da Teoria do Domínio do Fato como fundamentadora da diferença entre autor e partícipe no Ordenamento Brasileiro, e até mesmo como uma forma de filtrar a ampla responsabilização penal gerada pela dicção literal do art. 29, CPB, já é possível realizar algumas conclusões.

Tais conclusões, entretanto, se referem justamente às situações que não serão objetos de estudo, por não parecerem, a priori, controversas. Afinal, não restam dúvidas da responsabilização como autor do sujeito que, se valendo da posição que ocupa dentro de uma empresa, pessoalmente realiza um dos verbos contidos no art. 1º, da Lei 9.613/98, através transações com determinadas pessoas, físicas ou jurídicas, que se utilizam de ativos financeiros que se sabe serem provenientes de ilícitos²²³.

Também é inconteste a responsabilização, igualmente enquanto autor, deste mesmo agente pela prática do mesmo ato a partir do comando de seu superior hierárquico, que será punido como partícipe.

Em síntese, não restam dúvidas acerca da prática de lavagem de capitais do sujeito que atua dentro da empresa, se este pratica algum ato comissivo, seja pela realização da conduta descrita no tipo, seja pela instigação a um terceiro para fazê-lo, ou até mesmo pela utilização de um terceiro não punível, quando teremos umas das hipóteses de autoria mediata.

Além disso, parece ser possível, ao menos em tese, ventilar a hipótese de uma autoria pela teoria do domínio do fato, através de um aparato organizado de poder, numa suposta situação em que a empresa seja constituída unicamente para realizar a prática de delitos, de modo que todos os funcionários e administradores possuam a plena ciência disso, e que haja uma divisão de tarefas para a prática de tais atos. Ainda nesta situação, todavia, suscitar de forma genérica a teoria não desincumbe a

²²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012.** 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 167.

prova de todos os elementos necessários para a configuração de uma organização que se encontra fora do Direito.

Todavia, “em organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis”²²⁴.

Nesse sentido, “nas instituições que operam dentro da lei, as ordens para cometer delito não podem fundamentar um domínio, e se são obedecidas não decorrem da estrutura de poder, mas de uma iniciativa particular dos agentes envolvidos”²²⁵, pois, caso contrário, “estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas”²²⁶.

Com efeito, a dúvida ocorre em relação a possibilidade de responsabilizar o superior hierárquico, diante da sua mera posição de superioridade, pelos atos praticados pelos seus subordinados, no âmbito da empresa, na hipótese de não ter havido conduta deste superior em evitar a prática criminosa, ou fazê-la cessar.

Assim, Bernardo Feijoo Sanchez sustenta que as soluções tradicionais do Direito Penal não têm utilidade quando se trata de elencar critérios de atribuição de autoria aos indivíduos que atuam em conjunto dentro de complexas organizações empresariais, tendo em vista que tais soluções são apegadas aos crimes individuais²²⁷.

Para o referido autor, nos casos de delitos praticados em estruturas empresariais pequenas, é possível recorrer a soluções tradicionais. Todavia, quando se trata de “organizações empresariais multinacionais que alcançam grande magnitude e complexidade”, os recursos existentes da moderna teoria jurídica do delito já não se mostram suficientes e hábeis para se imputar autoria²²⁸.

²²⁴ GRECO, Luis; 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** in Doutrinas Essenciais. Direito Penal e Processo Penal. Gustavo Henrique Badaró (org.). Volume II. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1007.

²²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 170.

²²⁶ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. *Op. Cit.*, 2015, p. 1007.

²²⁷ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Autoría y Participación en Organizaciones Empresariales Complejas**, *Revista de Derecho Público*. Universidad de Los Andes. N. 21. Ago. 2008, p. 01.

²²⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

Deste modo, propõe o esboço de elementos de uma teoria geral de imputação de crimes que²²⁹ “permita resolver de forma unificada e coerente todos os problemas que apresentam a imputação de crimes no âmbito empresarial” (tradução livre), reconhecendo que “a organização empresarial moderna é uma realidade social emergente que não pode ser tratada simplesmente como uma soma de sujeitos individuais, mas supõe uma nova realidade diferente” (tradução livre).

Ainda na esteira de Feijoo Sanchez, para a formulação de uma teoria suficiente, é necessário o reconhecimento de que no âmbito empresarial existe uma divisão parara realizar dadas tarefas, bem como para tomada de decisões políticas gerais, estando informações diversas, inclusive sobre os riscos de determinadas atividades, pulverizadas na empresa de tal modo que, “a partir de certo grau de complexidade, já não é possível encontrar uma pessoa na qual a criação ou participação de risco coincida com a representação sobre o referido risco, nem possui uma informação global sobre a atividade comercial”²³⁰ (tradução livre).

Entretanto, Adan Niéto Martin²³¹ assevera que a responsabilização, embora seja intuitiva, não é tão simples pois há ocasiões em que não está claro quem é o superior hierárquico responsável por aqueles fatos, nem mesmo porque e em que limites deve responder.

Nesse sentido, Schünemann²³² sustenta que existe uma tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido de atribuir responsabilidade penal primeiramente aos órgãos diretivos, e somente depois os órgãos que de fato executam o delito.

Em sua análise, o autor cita o art. 28 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, que responsabiliza o superior, “responsável por todos os crimes cometidos por seus subordinados em sua área de comando, sobre o qual pelo

²²⁹ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoría y Participación en Organizaciones Empresariales Complejas, **Revista de Derecho Público**. Universidad de Los Andes. N. 21. Ago. 2008, p. 02.

²³⁰ *Ibidem*, p. 03.

²³¹ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría Y Participación em el Derecho Penal Económico**. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla – La Mancha, 2002, p. 14.

²³² SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación**. Seminario Internacional Complutense. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 10. Novembro/2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>>

menos deveria ter conhecimento e contra cuja comissão não tomou nenhuma ação”²³³ (tradução livre).

Note-se que o dispositivo, a priori, além de estabelecer o requisito subjetivo, ou seja, quem será responsabilizado, ainda prevê requisitos de natureza objetiva, ou seja, como se dará a responsabilização. Assim, o simples fato de ser superior hierárquico, por si só, não o responsabiliza automaticamente pelo delito cometido pelo seu subordinado.

Não se olvide em dizer, todavia, que “mesmo que essa tendência pareça óbvia à primeira vista e seja de qualquer maneira popular, sua compatibilidade deve ser cuidadosamente analisada com os princípios fundamentais do Direito Penal e, conseqüentemente, deve ser limitado”²³⁴ (tradução livre).

Com efeito, esse dispositivo consagra o “*sould have known*” *standard of command responsibility*, que se refere a uma forma de imputar responsabilidade pelos crimes cometidos pelos subordinados, a partir de três critérios ou condições, quais sejam:

(i) a existência de uma relação de hierarquia entre o acusado e o executor do crime; (ii) o acusado sabia ou tinha razões para saber que o crime estava prestes a acontecer, ou tinham sido cometidos pelos subordinados; e (iii) o acusado falhou em tomar as medidas razoáveis e necessárias medidas para prevenir ou parar o crime, ou punir os executores²³⁵ (tradução livre).

Importante registrar, contudo, que essa teoria parece comparar a “responsabilidade de comando” (tradução literal) com a responsabilidade indireta do superior pelos danos causados pelos seus subordinados, comparação esta que é descabida, tendo em vista que a responsabilidade pelo dano é civil através da “doutrina do *respondentsuperior*”, baseada numa perspectiva pragmática, já que o superior possui mais fundos para cobrir os gatos com os danos²³⁶.

Portanto, trata-se de um fundamento de responsabilidade incabível na esfera penal, tendo em vista que a responsabilidade indireta não possui um caráter individual, mas extremamente amplo, o que é gritantemente incompatível.

²³³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación.** Seminario Internacional Complutense. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 10. Novembro/2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>>

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁵ LAKSHMI, V. **Command Responsibility In Internenional Criminal Law: The “should have known standard” and the subsequent gulf between liability and culpability.** Nirma University Law Journal: Volume-3, Issue-1, July-2013, p. 51/52. Disponível em: <http://docs.manupatra.in/newslne/articles/Upload/979BB424-2E72-4A74-B9A0-EACB0B909108.pdf>.

²³⁶ *Ibidem*, p. 60.

Nada obstante, Schünemann²³⁷, ao mesmo tempo em que reconhece a impossibilidade na imputação automática pelos crimes cometidos na empresa ao superior hierárquico, entende também que “não se pode extrair a consequência radical de que se deveria eliminar a responsabilidade individual nas empresas”, o que deve, todavia, ser feito sem “ultrapassar os limites da imputação individual”, concluindo pela existência de uma “contradição valorativa inaceitável” na teoria adotada pelo mencionado Estatuto do TPI.

Deste modo, o pensamento de Feijoo Sanchez, em que pese possa parecer pertinente, deve comportar restrições, na medida em que uma nova concepção de responsabilização criminal, com a formulação de novos requisitos de imputação não deve se furtar aos parâmetros penais clássicos, pois eles possuem uma razão de existir. Admitir novas concepções sem obedecer aos limites impostos tem a potencialidade de se conceber um Direito Penal elástico, maleável e mutável, o que não se admite.

Assim, a ação ou omissão, para que seja valorada como relevante para a seara penal, necessita infringir uma norma, e que essa infração tenha sido realizada culpavelmente, ou seja, “de um modo individualmente evitável”²³⁸, pois, conforme assinala Nilo Batista, o princípio da culpabilidade funciona como fundamento e limite da pena²³⁹.

Com efeito, há a imputação de um dever de garantia ao superior hierárquico, o que, segundo Silva-Sanchez²⁴⁰, deve ser tomado como “ponto de partida”. Estabelece, assim, quatro questões dogmáticas, quais sejam:

qual o fundamento da posição de garantia dos sócios que não exercem funções de administração. A segunda, se a afirmada a posição de garantia surge em virtude de uma delegação dos sócios ou, pelo contrário, se constituem diferentes de algum modo da posição de garantia daqueles. A terceira questão dogmática se refere, enfim, a existência ou não de um dever de vigilância do empresário – em termos práticos, os sócios – em

²³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación**. Seminario Internacional Complutense. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 12. Novembro/2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>>

²³⁸ *Ibidem*, p. 13.

²³⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 103.

²⁴⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

relação a conduta dos administradores incluindo outros subordinados destes; e a determinação de consequências de sua infração²⁴¹.

Mencionado autor restringe sua análise da posição de garantia do administrador sob a dimensão externa, ou seja, sobre a necessidade de se evitar resultados lesivos que recaiam sobre terceiros gerados pela atividade dos membros da própria empresa, situação em que o administrador aparece como um “garante de controle”²⁴².

Neste sentido, restaria afastada a característica de garante do superior hierárquico com relação aos crimes que ocorrem dentro da empresa, como é o caso da lavagem de capitais. Do mesmo modo se posiciona Lascuraín Sánchez, ao limitar a responsabilidade penal dos administradores aos riscos que estão diretamente relacionados com a atividade exercida pela empresa²⁴³.

Deste modo, deve-se analisar se, de fato, o administrador possui o dever de garante em relação às possíveis práticas de lavagem dentro da empresa, e caso seja positivo, em quais termos esse dever de garantia deve se dar, tendo em vista que, como já afirmado acima, o Direito Penal econômico jamais poderá se furta aos limites do Direito Penal clássico, devendo seguir, nesse sentido, os limites impostos pelo art. 13, §2º, CP²⁴⁴, no que se refere aos delitos omissivos impróprios.

Assim, válida é a anotação de Bottini²⁴⁵, no sentido de que não é possível criar um dever de garantia pela mera posição hierárquica ocupada dentro da estrutura empresarial para conseguir superar “as dificuldades probatórias de sua participação efetiva e ativa nos atos de mascaramento”.

Com efeito, o Código Penal Brasileiro prevê três hipóteses de nascimento do dever de garantia, quais sejam a fonte legal; assunção voluntária e criação de risco do resultado, sendo o dever de garante “o dever que impõe, a determinados sujeitos, a

²⁴¹ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 154/155.

²⁴² *Ibidem*, p. 156

²⁴³ LASCURAÍN SÀNCHEZ, Juan Antonio apud LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 177.

²⁴⁴ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

²⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

obrigação de agir e de evitar o resultado, sob pena de responder por este como se tivesse dado causa”²⁴⁶.

Entretanto, é válida a ponderação feita por Schünemann²⁴⁷ no sentido de que, inobstante a doutrina majoritária entenda pelo dever de garantia diante da mera posição hierárquica, há doutrina considerável em sentido contrário, segundo a qual “somente o domínio material sobre os objetos perigosos do estabelecimento pode ser levado em consideração como fundamento de um dever de garante de controlar essa fonte material de perigo”, sendo essa última posição adotada por ele.

Com essa consideração, é de se notar, a priori, que o autor nega a teoria dos deveres formais adotada pelo CPB, expondo a sua tese do nascimento de um dever de garante a partir do domínio sobre o resultado, a qual, conforme assinala Ilana Martins²⁴⁸, “realiza, em muitos casos, uma considerável ampliação nas fontes do dever de garantidor, permitindo a punição por omissão imprópria em situações originalmente não abarcadas pela teoria dos deveres formais”.

Neste sentido, adota-se, aqui, o pensamento do respeitável autor em relação ao não nascimento automático de um dever de garante do superior hierárquico diante da sua mera posição, todavia, não se concorda com a ampliação das hipóteses de garantidor fora das previstas no art. 13, §2º, do CPB.

Isso porque, ainda que se adote a teoria do autor como sendo a ideal, não se pode “dar as costas” ao que está expresso na lei, a qual deve ser interpretada de modo a garantir os direitos do sujeito frente ao arbítrio do Estado, inclusive no que se refere à responsabilização na seara penal, ainda “sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade, bem como à separação dos poderes”²⁴⁹.

Além disso, é coerente e correta a assertiva de Ilana Martins²⁵⁰ no sentido de que a admissibilidade da “criação de um dever jurídico-penal que não encontra fundamento em ilícitos cíveis” fere o caráter subsidiário do Direito Penal, permitindo a sua atuação em situações que os outros ramos do Ordenamento (menos graves) não proíbem.

²⁴⁶ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 203.

²⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XLI, fasc. II, mayo/agosto, 1988, p. 535.

²⁴⁸ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2018, p. 213.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 216.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 215.

Anote-se, neste ponto do trabalho, que o posicionamento aqui adotado não é o de retirar da teoria de Schünemann aquilo que seja conveniente, e negar ou ignorar o que se entende por incorreto. Trata-se, apenas, de extrair da sua teoria aquilo que seja compatível com o Ordenamento Jurídico pátrio, bem como com os princípios penais, numa perspectiva de manter coerência em relação ao pensamento até então sobejado de submeter as diretrizes do Direito Penal Econômico às diretrizes do Direito Penal Clássico.

Aliás, com arrimo no quanto exposto por Ilana Martins, a teoria de Bernd Schünemann encontra compatibilidade com o Ordenamento Jurídico brasileiro enquanto limitadora da responsabilidade estabelecida pelo Código Penal, vale dizer, “o critério de domínio poderia ser utilizado, apenas, enquanto fundamento material limitador à teoria dos deveres formais, permitindo a formação de um conceito de garante próprio ao Direito Penal, sem que houvesse a importação acrítica de deveres extrapenais”²⁵¹.

Desse modo, diante da imprecisão dos termos estabelecidos no Código Penal Brasileiro que servem como fundamentação para a criação de um dever de garante, a teoria do domínio deverá servir como instrumento para viabilizar a necessária limitação, a qual Tavares²⁵² faz menção, ao citar Mezeger, criador dos três supostos do dever de agir adotados pelo Ordenamento Pátrio.

Os critérios de configuração do dever de garante, por sua vez, serão mais precisamente explanados em tópico oportuno, quando da análise da responsabilização penal do oficial de cumprimento pelos crimes praticados dentro da empresa.

Ainda em relação à responsabilização por omissão dentro do âmbito empresarial, e a figura do garantidor, é necessário ponderar duas questões. A primeira se refere a ideia do risco, elemento importante para a configuração da posição de garante e a utilização da “Teoria do Domínio do Fato” como substrato para a criação de responsabilidade.

Parece coerente, aqui, a adoção da Teoria da Imputação Objetiva como critério de aferição do risco para que haja a configuração do dever de garante do superior

²⁵¹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 216.

²⁵² TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos Crimes Omissivos**. Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 68.

hierárquico. Isto porque, conforme já se viu em momento anterior, o risco faz parte da estrutura do próprio Direito Penal Econômico, de modo que a estruturação de uma Empresa (sentido amplo) traz, em si, um risco.

Todavia, trata-se de um risco permitido, afinal, são as empresas que supostamente impulsionam a economia e colaboram na produção da riqueza da sociedade, sendo tuteladas pelo Direito. Deste modo, o Direito Penal jamais poderá atuar para impedir um risco permitido, sob pena de compelir a estruturação dessas empresas.

Assim, o risco que o Direito Penal deve tentar impedir é aquele risco não permitido, um risco produzido de forma ilícita. Com efeito, a partir da “teoria do incremento do risco” o aumento do risco “além do permitido faz a balança se inclinar em favor da proteção dos bens jurídicos”²⁵³. Informe-se, todavia, de que a conduta do agente, para que seja considerada incrementadora ou criadora do risco, precisa ser ilícita.

Doutra parte, merece anotação, aqui, o uso da “Teoria do Domínio do Fato” para os crimes econômicos, diante da repercussão que a teoria teve no Brasil ao ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n. 470/MG (Mensalão). Mencionada teoria já teve especial espaço, neste tópico de modo que a sua conceituação, no momento, é prescindível.

Isso porque, conforme assinalam Luis Greco e Alaor Leite²⁵⁴, a posição de chefia não implica automaticamente que o sujeito concorreu para o delito, além de que, a Teoria do Domínio do Fato propõe um conceito de autor muito mais restrito do que aquele plasmado no art. 29, do Código Penal Brasileiro. Deste modo a ideia de exigir do superior hierárquico a atitude de impedir ou fazer cessar a atividade criminosa dos seus subordinados em nada tem a ver com domínio do fato, mas sim com critérios de responsabilização por omissão. Por fim, também não é possível utilizar a teoria para prescindir da prova da intenção do sujeito de que o resultado se produza, de modo que ela jamais poderá ser invocada para presumir dolo pela posição de comando.

²⁵³ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da Imputação Objetiva. Estudo Crítico e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva.** Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, p. 43.

²⁵⁴ 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.** Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rM_FSZEGN9IJ:https://df8aa6jbtstnmo.cloudfront.net/download/Aula%252014%2520-%2520Ci%25C3%25AAncias%2520Criminais%2520-%2520Leitura%252003.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em 30 mai. 2018.

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CRIMINAL COMPLIANCE E A “PRIVATIZAÇÃO DA PREVENÇÃO CRIMINAL”

Outra mudança contundente trazida pela lei 12.683/12 foi a “introdução dos mecanismos de *compliance* na investigação da lavagem de dinheiro”²⁵⁵. Diante da importância do seu conteúdo, preferiu-se falar do tema em capítulo apartado, para que houvesse uma certa profundidade metodológica e conceitual.

O *compliance* aparece como sendo uma ferramenta que tem a finalidade preventiva, inserindo-se na estrutura empresarial “por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição de riscos da atividade”²⁵⁶, sendo, portanto, muito mais do que mera edição de regras de conduta de boa governança com um forte senso ético.

Conceituar institutos, em que pese possa parecer uma tarefa monótona, em termos jurídicos é de extrema importância pois delimita seu escopo, de modo a evitar que corpos anômalos ou incompatíveis passem a conviver juntos, principalmente quando tais institutos são importados de algum microsistema diverso, como é o caso do *compliance* que tem o seu berço no Direito Empresarial.

Propondo um conceito a partir da tradução do termo (to comply = cumprir), Ilana Martins sustenta que “a palavra expressa conformidade com o Ordenamento Jurídico, o cumprimento das normas a que a sociedade empresária, seus diretores e funcionários estão sujeitos”²⁵⁷. Assim, em termos de Direito Penal, o *compliance* se refere às medidas de cumprimento da lei penal, de acordo com as infrações criminais legalmente estabelecidas²⁵⁸.

Propondo conceitos distintos para o *compliance* e o *criminal compliance*, Ana María Neira Pena²⁵⁹ informa que aquele se refere aos sistemas pautados em princípios e

²⁵⁵ SILVEIRA, Renato Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal compliance: limites revisitados da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro** in: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção**. Saraiva: 2015, p. 273.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 255.

²⁵⁷ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte. D’Plácido: 2018, p. 23/24.

²⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo. Saraiva: 2015, p. 113.

²⁵⁹ PENA, Ana María Neira. La efectividad de los criminal *compliance programs* como objeto de prueba em el proceso penal. **Polít. Crim.** Vol. 11, Nº 22, Diciembre 2016, Art. 5, pp. 467-520.

regras, contendo “procedimentos e instrumentos organizados a assegurar o cumprimento da lei no desenvolvimento das atividades econômicas”, ao passo que este último (*criminal compliance*) visa a garantia, através da estruturação de um sistema também com princípios, regras e procedimentos, que visam assegurar o cumprimento da norma jurídica penal na empresa.

O *compliance*, portanto, consagra a existência de procedimentos empresariais internos que recepcionam as determinações legais, de modo a “evitar práticas ilícitas por parte de uma estrutura organizada empresarial”²⁶⁰

O uso do termo “recepção” pode causar uma certa estranheza, havendo a possibilidade inclusive de se entender que dada a inexistência de *compliance*, a empresa não se encontra submetida às determinações legais de cunho penal. Todavia, por óbvio, não é essa a conclusão a se tomar.

Sucedem que “nem sempre o cumprimento de normas jurídicas foi uma preocupação” nas organizações empresariais, tendo em vista os possíveis entraves de viés econômico, como o impedimento de maximização do lucro, por exemplo. Assim, com a implementação dos programas de *compliance* há a concessão de uma “densidade significativa” ao cumprimento legal²⁶¹.

Silva Sánchez²⁶² aduz que “*compliance* significa ‘autovigilância’”, não havendo, todavia, uma mera circunscrição dos programas de cumprimento a adoção de medidas de vigilância, também havendo medidas positivas que visam neutralizar “fatores culturais ou dinâmicos de grupo favorecedores de fatos ilícitos”, bem como de “incentivar culturas de grupo de fidelidade ao Direito” (tradução livre).

Ainda na esteira do referido autor, *compliance* é uma espécie que comporta o dever de vigilância como gênero, tendo em vista que as medidas de cumprimento normativo tem um objetivo de prevenir outros ilícitos que não o penal, também porque para alcançar o objetivo de prevenção, são necessárias medidas que vão além da imposição de dever de vigilância, e, por fim, porque a mera implementação

Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf. Acessado em 23. Mai. 2018.

²⁶⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** vol. 114, ano 23. São Paulo. Ed. RT, maio-jun, 2015, p. 343.

²⁶¹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido. 2018, p. 26.

²⁶² SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79-106.

de um programa de *compliance* não faz inferir “automaticamente o cumprimento cuidadoso do dever jurídico de vigilância por parte dos administradores” (tradução livre)²⁶³.

Nessa perspectiva de gestão dos riscos inerentes à atividade empresarial através dos programas de cumprimento, tem-se que estes possuem como objetivo primordial a finalidade preventiva e não repressiva, em que pese a não observância do dever de prevenção tenha a potencialidade de eventualmente ensejar responsabilização penal²⁶⁴.

Essa adesão aos mecanismos de *compliance* nasce da ideia de que o Estado é incapaz de regular a estrutura empresarial, de modo que delega às empresas a função de prevenir os ilícitos, função esta que seria, primordialmente, sua, trazendo, assim, uma acepção de “autorregulação”²⁶⁵.

A implementação de regras de boa governança repercute primeiramente no âmbito administrativo. Contudo, acaba gerando “novos problemas de atribuição de autoria criminal”²⁶⁶, tendo uma grave interferência também no âmbito penal.

Deste modo, há um “refinamento da atribuição de responsabilidade”, fazendo com o que Direito Penal vivencie uma experiência alheia à sua esfera de proteção, tutelando as relações econômicas. Ocorre que isso acaba por gerar uma “instabilidade normativa”, na medida em que o Estado se retira do cenário regulatório, permitindo o que se entende por “autorregulação regulada”²⁶⁷.

O objetivo, neste momento, é fazer uma análise detida à repercussão criminal de tais programas, verificando quais as repercussões em termos de responsabilização penal dos agentes que fazem parte de uma estrutura empresarial pautada no *compliance*, analisando, ao final, o que se chama de “privatização da prevenção criminal”.

²⁶³ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 1933/194.

²⁶⁴ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2018, p. 26.

²⁶⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance - Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** vol. 114, ano 23. São Paulo. Ed. RT, maio-jun, 2015, p. 350.

²⁶⁶ SILVEIRA, Renato Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal compliance: limites revisitados da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro**. In: **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção**. Saraiva: 2015, p. 255.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 257.

4.1 O *CRIMINAL COMPLIANCE*

A política de combate à lavagem de capitais se baseia, desde o seu nascimento, na ideia de “*follow the money*”, expressão em inglês que na tradução literal significa “siga o dinheiro”. Ou seja, a intenção é rastrear a origem do capital, para descobrir o seu nascimento ilícito, de modo a desestimular a prática delitiva (do crime anterior) diante da inviabilidade do uso do capital auferido com a empreitada criminosa. Trata-se, portanto, de uma ideologia utilitarista, pressupondo que o delinquente age de maneira racional, sopesando ganhos e perdas²⁶⁸.

Hodiernamente, a política criminal de prevenção e combate à lavagem de capitais tem sido justamente a adoção dos programas de *compliance* pelas empresas. Assim, a primeira coisa a se falar acerca do *criminal compliance* é que ele se refere a um conjunto de medidas que visam a garantia do cumprimento normativo penal, “desde o presidente do conselho de administração até o último empregado”, e que na hipótese de haver infração, esta seja descoberta, aplicando-se a sanção adequada²⁶⁹.

Nesse sentido, as políticas de regulação das empresas estabelecem objetivos e valores “que devem ser realizados seguindo determinados procedimentos”. Ulrich Sieber²⁷⁰ faz menção ao fato de que o *compliance* visa, em sentido amplo, a prevenção de condutas delitivas, tais quais a corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, crimes contra a livre concorrência, entre outros.

Segundo Sieber,

os programas de “compliance” não abarcam somente interesses no âmbito da empresa, tal como os objetivos dos proprietários da empresa, dos empregados da alta direção e dos outros trabalhadores (interesses que em alguns casos podem entrar em conflito). Com frequência se incluem também interesses (que podem colidir ou coincidir) dos sócios comerciais,

²⁶⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica.** Eguzkilore, N° 23. San Sebastián, 2009, p. 118. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>>. Acessado em 23. Mai. 2018.

²⁶⁹ VILA, Ivó Coca. **¿Programas de Cumplimiento Como Forma de Autorregulación Regulada?** In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Atelier, 2013, p. 55.

²⁷⁰ SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica.** In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Valência: Tirant lo Banch, 2013.

de terceiros (sobretudo os consumidores) assim como de interesses sociais (p. ex. no campo do meio ambiente)²⁷¹ (tradução livre).

Nesta perspectiva, o autor arremata que a variedade de objetivos e âmbitos de proteção geram a distinção no conteúdo dos programas de cumprimento das empresas, dependendo do que se pretende proteger²⁷². Todavia, o presente trabalho encontra-se delimitado à prevenção da lavagem de capitais, conforme já é possível inferir da leitura do seu título.

Trata-se, portanto, de uma atuação conjunta entre o público e o privado, na qual “o público persegue essencialmente a deteção e sanção do branqueamento, enquanto que o privado dedica todo o seu empenho em prevenir e detectar as operações suspeitas”²⁷³.

Gustavo Arocena²⁷⁴ faz menção a dois claros objetivos do *compliance*. O primeiro é o preventivo, de modo que se procura “impedir as infrações legais que um empregado da empresa possa cometer individualmente, e, além disso, aquelas infrações que derivam da organização defeituosa da atividade a que se dedica a empresa”. A outra função resta demonstrada na hipótese de haver frustração da prevenção, ocorrendo a prática da infração penal, servindo o instituto para implementar “mecanismos e procedimentos para sua oportuna deteção e eventual comunicação às autoridades competentes”.

Entrementes, tratar de criminal *compliance* é se referir a gestão de riscos. Nesse sentido, como já exposto anteriormente, tem-se uma atuação “*ex ante*”, com o fito de “evitar a responsabilização dos agentes ou da empresa que opere com o mercado

²⁷¹ SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013: “*los programas de “compliance” no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores (intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto). Com frecuencia se incluyen también intereses (que pueden colisionar o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores) así como intereses sociales (p. ej. en el campo del medio ambiente)*”

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica**. Eguzkilore, Nº 23. San Sebastián, 2009, p. 118. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>>. Acessado em 23. Mai. 2018.

²⁷⁴ AROCENA, Gustavo A. **Acerca del denominado “criminal compliance”**. *Revista Crítica Penal y Poder*. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 13, outubro. 2017, p. 128-145. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180308_03.pdf>, acessado em 26 mai. 2018.

financeiro, determinando procedimentos para que com o seu cumprimento seja evitada uma prática delitiva”²⁷⁵.

É nessa esteira que Ivó Coca Vila²⁷⁶ estabelece como dois dos sete pilares dos programas de cumprimento a avaliação dos riscos e a adoção de medidas necessárias para a contenção destes riscos, ponderando que deve haver um “inventariado dos riscos de infração das normas” de forma continuada, adotando, assim, as medidas necessárias para a contenção destes.

Assim, a padronização e estabelecimento de setores na atividade empresarial permite o controle das práticas realizadas dentro da empresa, para a averiguação da conformidade destas com o manual de procedimentos de modo a verificar possíveis práticas irregulares (inclusive ilícitas) que dentro da complexidade empresarial podem, por vezes, parecer lícitas²⁷⁷.

Essa confusão entre o lícito e o ilícito no âmbito empresarial decorre justamente dos riscos da atividade. A inserção dos programas de cumprimento configura, inicialmente, um caráter político-criminal, tendo em vista que se busca meios de cumprimento de normas penais e extrapenais na gestão empresarial.

Aqui são válidas as ponderações feitas por Ilana Martins²⁷⁸ acerca de um programa de cumprimento eficaz, vale dizer, um programa que tenha a potencialidade de cumprir a sua finalidade preventiva, evitando a prática de ilícitos dentro da empresa, advertindo-se, contudo, que “não há um único roteiro”, de modo que os programas de *compliance* “devem ser adaptados a cada contexto empresarial, notadamente no que tange à atividade exercida e aos riscos que esta atividade está sujeita”.

Assim, em extenso capítulo de sua obra sobre o tema, a autora faz menção a cinco requisitos para a “estruturação do programa de *compliance* específico para a prevenção à lavagem de capitais”, dentre os quais temos o mapeamento de riscos, elaboração de documentos escritos (requisito que comporta uma série de deveres),

²⁷⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de relativização do nemo tenetur detegere: Cultura do Controle e Política Criminal**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acessado em 30 mai. 2018.

²⁷⁶ VILA, Ivó Coca. **¿Programas de Cumplimento Como Forma de Autorregulación Regulada?** In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

²⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. Cit.*

²⁷⁸ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 116.

formação e treinamento de funcionários, designação de um *compliance officer*, dentre outros requisitos²⁷⁹.

Não é objetivo deste trabalho perquirir quais os requisitos de um programa de *compliance* efetivo para a prevenção da lavagem de capitais. Todavia, mostra-se necessário e interessante a análise do que se refere ao mapeamento dos riscos, tendo em vista que existe um caráter público nessa busca pelo respeito da legalidade e neutralização de tais riscos²⁸⁰, bem como a designação de um *compliance officer*, diante da dúvida no que se refere à sua responsabilidade penal, o que será discutido, por sua vez, em tópico específico.

Em relação ao mapeamento dos riscos, Martins Luz²⁸¹ pondera que este “consiste na identificação dos eventos possíveis de causar efeitos deletério relacionados à atividade exercida”, devendo, no caso do delito de lavagem, ser observada a lei específica, em especial às tipologias do delito, que acabam sendo várias, diante da sua complexidade e sofisticação.

Ainda em relação aos riscos, deve-se ter em mente que a eficácia de um programa de criminal *compliance* não implica, necessariamente, na sua infalibilidade, de modo que “a prática de um delito não implica necessariamente na ineficácia do sistema” tendo tais programas como objetivo a gestão dos riscos da prática de delitos “de tal forma que estes se mantenham em níveis jurídico-penalmente aceitáveis”²⁸².

De forma semelhante, Juan Antonio Lascuráin²⁸³ assevera que o devido controle da empresa ocorre de maneira parecida com o controle da pessoa física, de modo que o controle não é absoluto, dirigindo-se para evitar apenas o risco não permitido, bem como que “os permitidos não excedam o limite do tolerável”.

Sem entrar no mérito da legitimidade ou não dos programas de cumprimento criminal, a limitação do conceito de eficácia de tal programa serve para afastar de

²⁷⁹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 143/165.

²⁸⁰ PENA, Ana María Neira. La efectividade de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba em el processo penal. **Polít. Crim.** Vol. 11, Nº 22, Diciembre 2016, Art. 5, pp. 467-520. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf. Acessado em 23. Mai. 2018.

²⁸¹ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit.*, 2018, p. 145.

²⁸² PENA, Ana María Neira. *Op. Cit.*

²⁸³ LASCURÁIN, Juan Antonio. *Compliance*, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). **El Derecho Penal Económico En La Era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 125.

vez a ideia de que a sua adoção dentro da empresa é capaz, por si só, de afastar a responsabilização criminal, ou, ao revés, de que a sua inexistência implica na responsabilização automática.

Já Marta Muñoz de Morales Romero²⁸⁴ pondera, por sua vez, de forma mais categórica, que os programas de cumprimento não são capazes de prevenir a prática de crimes, de modo que a presença de um programa de *compliance* não seria algo real, mas sim mera fachada.

Este pensamento remonta ao fato de que a implementação de sistemas de vigilância empresarial é algo que já vem ocorrendo de muito tempo, “menos por razões vinculadas a boas intenções do que como uma forma de gerar uma boa imagem, que tem seus reflexos no âmbito da lucratividade”²⁸⁵.

Nada obstante, ainda que se entenda pela potencialidade preventiva do *compliance*, é evidente a controvérsia de que para que se atinja tal fim, existe a tendência de que ocorra uma “antecipação da responsabilidade como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas posteriormente, para resolver problemas relacionados à imputação”²⁸⁶.

Ocorre que as premissas colocadas no parágrafo anterior parecem antagônicas. Ora, se ocorre uma antecipação da responsabilização, não se pode dizer que a dogmática é chamada somente para resolver critérios de imputação, como se tais critérios fossem meros detalhes técnicos que não possuíssem relevância. Aliás, como se verá na análise do *compliance officer*, a repercussão dos programas de cumprimento no Direito Penal repressivo orbita justamente nos critérios para a responsabilização penal dos agentes encarregados dos deveres de vigilância.

²⁸⁴ ROMERO, Marta Muñoz de Morales. **Programas de cumprimento “efectivos” em la experiencia comparada**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 214/215.

²⁸⁵ BUSATO, Paulo César. **Lo que no se disse sobre Criminal Compliance**. Revista Eletrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565, p. 4. Disponível em: http://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf. Acessado em 20 de mai. 2018.

²⁸⁶ ANTONIETTO, Caio; RIO, Rodrigo Sanchez. **Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 114, 2015, p. 341-376.

4.2 A POSIÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* E A SUA (IR)RESPONSABILIDADE PENAL PELOS DELITOS PRATICADOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Em tópico oportuno (3.6) foi abordada a problemática da imputação pelo crime de lavagem de capitais dentro da empresa, perquirindo legal e doutrinariamente acerca dos critérios de definição do que é autor e partícipe no Direito Penal, bem chegando às “dificuldades” dessa definição dentro do âmbito empresarial.

Concluiu-se, lá, que os critérios clássicos de definição de autor e partícipe não podem sofrer uma elasticidade tal ao ponto de alargar as hipóteses de intervenção penal bem como quais seriam as pessoas responsáveis pela prática de delitos no ambiente empresarial, de modo a serem passíveis de sofrer sanções. Vale dizer, as hipóteses de responsabilização deverão ser retiradas daquilo que determina o Direito Penal clássico, mais especificamente do quanto determinado no Código Penal pátrio.

Vale mais uma vez explicar aqui que a problemática no que se refere à responsabilidade penal do *compliance officer* é no que tange à sua posição de garante em relação aos crimes praticados dentro da organização empresarial, não havendo dúvidas quanto a sua responsabilização na hipótese de haver execução, de forma pessoal, do delito de lavagem de capitais.

Com efeito, o estabelecimento do cargo do *compliance officer* é um dos requisitos e elementos essenciais para que haja a criação de um programa de cumprimento eficaz. Aliás, trata-se de uma exigência do COAF, através do disposto no art. 3º da Carta Circular n. 1 de 2014²⁸⁷.

Em termos conceituais, o *compliance officer*, ou oficial de cumprimento, “é quem tem a seu cargo o controle do cumprimento do programa respectivo (prevenção) e a denúncia das irregularidades que se cometam na empresa (repressão)”, sendo

²⁸⁷ BRASIL. COAF. **Carta Circular nº 1**, de 1º de dezembro de 2014. Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>>. Acessado em: 27 mai. 2018. Art. 3º *As pessoas jurídicas de que trata o art. 1º deverão indicar administrador, que responderá, junto ao COAF, pelo cumprimento das obrigações previstas nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998, em relação ao qual deverão ser fornecidos os dados de identificação e de contato exigidos da pessoa física, na forma do Anexo a esta Carta-Circular.*

possível que haja uma limitação de responsabilidade em cada setor, ou por meio de um “departamento de cumprimento integrado por várias pessoas abaixo da direção de um *chief compliance officer*”²⁸⁸.

Além disso, por consequência do seu papel fiscalizador, “a localização do *compliance officer* dentro da estrutura hierárquica da empresa é fator crucial para o sucesso do programa”, de tal modo que “o funcionário responsável pela gestão do *compliance* deve ter autonomia e acesso direto à alta cúpula da empresa, ou seja, à Diretoria e ao Conselho de Administração, bem como à auditoria externa”²⁸⁹.

Nas anotações de Silva-Sánchez²⁹⁰, “a posição de um *compliance officer* excede a de um mero delegado de vigilância”. Deste modo, sua atividade “tem um caráter claramente preventivo, a saber: impedir a responsabilidade penal. A empresa neste sentido, pode ser descrita através de delegação e uma organização diligente”²⁹¹.

Diante dessa determinação, a dúvida se refere à possibilidade do *compliance officer* responder pelos delitos praticados dentro da empresa, é dizer, se os responsáveis pelo programa de cumprimento, encarregados dos deveres de vigilância e informação, ostentam a posição de garante.

Note-se que se trata de uma responsabilização por um fato praticado por terceiro, de tal modo que para que a pena possa ser aplicada, dever-se-á observar o princípio da culpabilidade, conforme já dito anteriormente, para que se evite “a instrumentalização de uma pessoa ao impor uma pena”²⁹².

Impende-se, portanto, a necessidade de tratar acerca da responsabilidade penal pelos delitos omissivos impróprios ou comissivos por omissão, ou seja, aqueles crimes que são tipificados através de uma conduta comissiva, mas que gera responsabilidade ao sujeito que possui um especial dever de agir para evitar o fato.

²⁸⁸ AROCENA, Gustavo A. Acerca del denominado “*criminal compliance*”. **Revista Crítica Penal y Poder**. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 13, outubro. 2017, p. 128-145. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180308_03.pdf>, acessado em 26 mai. 2018.

²⁸⁹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 133.

²⁹⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 198.

²⁹¹ AROCENA, Gustavo A. *Op. Cit.*

²⁹² JAKOBS. Günter. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 14.

Partindo do marco legal pátrio, qual seja, o art. 13, §2º, do CP, temos o estabelecimento de três hipóteses de garantidor, a saber: dever de garante em decorrência da lei (alínea a); dever de garante em decorrência da assunção de responsabilidade (alínea b); e o dever de garante pela posição de ingerência (alínea c).

No que concerne à primeira hipótese, tem-se a lei enquanto fonte de atribuição do dever de cuidado, proteção ou vigilância, “em especial no âmbito das relações de família, entre casais, parentes em linha reta e irmãos”, sendo necessário, para tanto, a exigência de lei em sentido formal, ou seja, emanada do poder legislativo competente para tal²⁹³.

Não de outra forma se posiciona Ilana Martins²⁹⁴, ao indicar que para a verificação da existência de um dever de garante, somente deve ser analisada a lei em sentido formal, tendo em vista que “os atos normativos apenas materiais, que regulamentam a moldura geral da Lei de Lavagem de Capitais, não se prestam a este fim de modo que apenas trariam alguma especificação ao texto legal, não servindo para criar deveres, em homenagem ao Princípio da Legalidade e da reserva legal”.

Diante do quanto disposto, a autora assinala que o *compliance officer* não teria, dentro desse requisito, a posição de garante, pois, pela lei brasileira, a ele somente foi conferida a obrigação de vigilância, não havendo a obrigação de evitar o resultado, “limitando-se a exigir a identificação, o exame, o registro e a comunicação dos atos suspeitos ao COAF ou ao órgão regulador próprio”²⁹⁵. Isso se deve ao fato de que “se vamos imputar uma responsabilidade omissiva é porque entendemos que teria um dever de atuação em relação com o delito praticado”²⁹⁶.

A segunda hipótese consagrada pelo CPB se refere à assunção de responsabilidade de impedir o resultado, “que pode ser assumida por ato de vontade (contratual ou extracontratual) do garantidor”, devendo haver, também, a assunção fática da

²⁹³ DOS SANTOS, Juarz Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev., atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 207.

²⁹⁴ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 257.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 259.

²⁹⁶ LASCURAIN, Juan Antonio. Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez (dir). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 2. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion_1/articulos/LascurainSalvar_al_Oficial_Ryan.pdf>. Acessado em: 29 mai. 2018.

proteção, “porque a confiança na ação do garante cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados”²⁹⁷.

Em relação a assunção da responsabilidade para evitar o resultado, Silva Sánchez²⁹⁸ faz uma anotação interessante, ponderando que o oficial de cumprimento é um “delegado de vigilância”, e como tal, lhe corresponde “a gestão dos meios de controle estabelecidos no programa de cumprimento enquanto a obtenção de conhecimento”.

Impende ressaltar, nesse desiderato, que o autor entende pela responsabilidade penal enquanto garante do administrador da empresa, de modo que o *compliance officer* seria o delegatário do administrador, assumindo, deste modo, a obrigatoriedade de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico.

Nesse sentido, Gómez-Aller²⁹⁹ pondera que o dever de garantia das pessoas físicas dentro da estrutura de uma pessoa jurídica surge justamente da assunção do dever de cuidado “de focos de perigo ou a custódia de interesses alheios”.

Com efeito, Ilana Martins³⁰⁰ discorda desse posicionamento, diante da premissa já exposta de que a empresa tem um dever genérico, e não específico, de evitar o resultado lesivo, de tal modo que a assunção da responsabilidade pelo *compliance officer* não seria capaz de lhe conceder o caráter de garantidor, pois a assunção, de igual modo, não seria a de evitar, especificamente, o resultado lesivo, mas tão somente de gerir o programa de *compliance*, que funciona na empresa como um instrumento de mitigação dos riscos da atividade empresarial.

Por fim, tem-se a hipótese do dever de garante, fundamentada na situação em que o sujeito cria o risco a partir de um comportamento anterior, podendo esse comportamento anterior ser uma ação ou uma omissão perigosa³⁰¹.

Essa situação, na realidade empresarial, se refere à possibilidade de não cumprimento ou ingerência no cumprimento dos deveres de *compliance*, vale dizer,

²⁹⁷ DOS SANTOS, Juarz Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. rev., atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 208.

²⁹⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79-106.

²⁹⁹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber e control”: una aproximación tópica**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). **El Derecho Penal Económico En La Era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 172.

³⁰⁰ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 270.

³⁰¹ DOS SANTOS, Juarz Cirino. Op. Cit., 2017, p. 210.

a inexistência de um programa de *compliance*, ou o não cumprimento das obrigações por ele impostas configura conduta antijurídica capaz de tornar o *compliance officer* um garantidor?

Mais uma vez, partindo da premissa de não determinação legal de interrupção da empreitada criminosa, Ilana Martins³⁰² entende que não, ponderando que “o programa não tem o condão de evitar o resultado Lavagem de Capitais, mas, apenas, monitorar as operações realizadas no Brasil”, de modo que a ingerência do programa de cumprimento não configura “uma omissão que criou o risco de ocorrência do resultado”.

Com efeito, para Gómez-Aller³⁰³, poderia haver a responsabilização do oficial de cumprimento na hipótese deste ter recebido a “ordem de implantar um procedimento concreto de controle, dirigido a prevenção de uma concreta modalidade de delito doloso”, mas atrasa na implementação, visando a conclusão de uma determinada operação econômica, de forma consciente.

Note-se que, aqui, o autor faz uma importante análise acerca do elemento subjetivo, necessário para a responsabilização penal. Vale dizer, para que haja a imputação de um delito a alguém a título de comissão por omissão, é necessário que este tenha tido consciência do fato, bem como que tenha se omitido de forma dolosa, desejando o resultado.

Ainda na esteira do autor, tem-se que a omissão em relação a denúncia “é atípica no Direito Penal moderno”³⁰⁴. Até aqui, concorda Martins Luz, no sentido de que a não realização do dever de informação gera a “responsabilidade civil e administrativa da sociedade e do gestor”³⁰⁵.

Todavia, Aller³⁰⁶ reconhece, por sua vez, a existência de um dever de garante na hipótese em que “sua omissão determina que se tolere, possibilite ou favoreça a comissão presente ou futura de um delito”, trazendo dois exemplos, sendo o primeiro referente ao conhecimento de prática futura ou corrente de um delito, mas que o *compliance officer* tenha a possibilidade de impedir a sua consumação, ou se existe

³⁰² LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 274.

³⁰³ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber e control”: una aproximación tópica**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 178.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 180.

³⁰⁵ LUZ, Ilana Martins. *Op. Cit*, 2018, p. 275.

³⁰⁶ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Op. Cit*, 2013, p. 180.

notícia da existência de um crime já consumado, mas que tem indícios da existência de uma continuidade delitiva, a qual, segundo pondera, deverá ser impedida.

Note-se que a controvérsia acerca da existência de um dever de garante do *compliance officer* gira em torno da existência do dever de agir para evitar o resultado, dever este que deve decorrer da lei. Com efeito, os pensamentos trazidos aqui são de extrema importância e relevância, devendo ser ponderado, todavia, que se trata de doutrinas de países diferentes, com legislações diferentes.

Nada obstante, o que se deve manter em mente é o fato de que valer-se do mero posicionamento do sujeito, ou de deveres gerais estabelecidos na legislação não podem ser invocados de forma acrítica, sob pena de haver responsabilização objetiva, vale dizer, ainda que se entenda pela existência de um dever de garante por parte do oficial de cumprimento, isso, por si só, não é capaz de gerar a sua responsabilização penal, sendo necessária a análise dos demais requisitos da teoria do crime, em especial o elemento subjetivo e a culpabilidade do agente, para que lhe possa ser aplicada uma sanção.

4.3 O CRIME ENQUANTO PREVENÇÃO E A PREVENÇÃO DO CRIME (COMPLIANCE)

“O direito penal é uma técnica de definição de individualização e de repressão da desviação”, que se manifesta “através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais”. Ao conceituar o Direito Penal nesses termos, Luigi Ferrajoli³⁰⁷ consegue enquadrá-lo numa perspectiva sancionadora, por impor restrições àquele que pratica condutas que são prejudiciais a uma “Ordem Jurídica” posta, não se olvidando em falar que a coerção ainda se aplica àqueles suspeitos de terem desviado da lei.

Importante mencionar que na esteira deste autor, o Direito Penal constitui um custo que deve ser analisado antes de aplicá-lo, pois ele “pesa não somente sobre os

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

culpados, mas também sobre inocentes”³⁰⁸. Deste modo, seria necessária a observância de três tipos de restrições, sendo a primeira consistente na “definição ou proibição dos comportamentos classificados como desviantes; a segunda consistente na sujeição obrigatória do sujeito suspeitos aos juízos; e por último na punição daqueles considerados definitivamente culpados”³⁰⁹.

Dentro desta perspectiva, a legitimação do Direito Penal e da aplicação da pena deveria ser observada dentro de cada momento de atuação do Direito Penal na liberdade dos sujeitos, analisando, para tanto, o custo que a repressão e a coerção representariam.

Günter Jakobs, por sua vez, estabelece uma dependência entre o conteúdo e a função da pena a existência da Ordem em que se pune³¹⁰. Assim, o autor sustenta que quem vai dar a fundamentação para a existência de uma “Ordem Penal” será a própria “Ordem Jurídica” estabelecida dentro de um Estado.

Jakobs é opositor da ideia de que o Direito Penal se justifica a partir do momento em que se retribui um mal (conduta desviante) com outro mal (pena), pois, segundo ele, “seria um absurdo querer um mal porque já ocorreu outro mal”, sustentando que “um mal seguido de outro descreve o castigo somente de acordo com a sua natureza superficial”³¹¹ (tradução livre).

É que para o mencionado autor, a pena tem de ser definida de forma positiva, pois a sua aplicação “é uma amostra da validade da norma à custa de um responsável”³¹², ou seja, a aplicação da sanção diante de um descumprimento legal é, em verdade, a reafirmação da própria norma, demonstrando-se, assim, que, em que pese condutas desviantes ataquem o ordenamento jurídico, não são capazes de deslegitimá-lo, desestruturá-lo, nem mesmo de negar a sua vigência que se impõe.

Já para Claus Roxin, a partir da finalidade do Direito Penal “e, portanto, das disposições penais, há que diferenciar o fim da pena imposta no caso concreto”, de modo que o Estado somente poderá cominar como crime condutas a partir da ideia

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

³⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁰ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8.

³¹¹ *Ibidem*, loc. cit. “Sería absurdo querer un mal porque ya se há dado otro mal’, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su carácter superficial”.

³¹² *Ibidem*, loc. cit.

de proteção subsidiária de bens jurídicos³¹³. Todavia, não seria este o pensamento a mostrar de que maneira a pena deve surtir efeito para a sua missão.

Roxin afirma que o Direito Penal se encontra atrás da pena, de modo que sua estrutura será regida pela finalidade a ser cumprida pela sua aplicação. Assim, ele faz menção a três interpretações fundamentais acerca do fim da pena que desde a antiguidade disputam a justificativa da pena e do Direito Penal³¹⁴.

Importante consignar que não se pretende, aqui, fazer uma profunda análise acerca dos fins da pena, tema que poderia ser o centro de um trabalho como este, ou até mesmo a formulação de uma tese. Todavia, será feita uma breve explanação das teorias que se mostraram mais consagradas na doutrina, analisando, ao final, de forma um pouco mais detida, aquela que a priori se coaduna com o tema.

Com efeito, não se pode deixar de mencionar as teorias da pena por dois motivos: primeiro porque elas se mantêm vigentes, “mesmo que não em sua forma original e pura, mas em construções ecléticas que os justapõem”, ou então porque “se apresentam sob novas formas enunciativas”³¹⁵. Além disso, porque quando analisadas conjuntamente, resta perceptível a disparidade e conflito de fundamentos, o que, segundo Zaffaroni³¹⁶,

evidencia uma escassa solidez fundamentadora e crises permanentes no discurso em que, na prática, se traduz em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem racionalizar qualquer decisão somente em falar o discurso apropriado dentre os oferecidos.

Demonstra-se, deste modo, o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade, já que permite-se que o operador do direito escolha a decisão antes mesmo de perquirir o seu fundamento³¹⁷.

Inicialmente, temos a teoria da retribuição, que ganha essa nomenclatura pois o fim da pena é desvinculado do seu efeito social³¹⁸, de modo que “mediante a imposição de um mal merecido se retribui, equilibra e expia a culpa do autor pelo fato

³¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. 2. Ed. Madrid: Thomson. Civitas, p. 81.

³¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 56.

³¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, loc. cit.

cometido”³¹⁹ (tradução livre). Essa teoria já fora esboçada aqui quando citado o pensamento de Günter Jakobs que a rechaça. Trata-se de teoria que encontra sustento em Kant, que defendia que a justiça penal é um imperativo categórico³²⁰. Assim, a função do Direito Penal seria a promoção da justiça, de modo que o conteúdo da pena seria o talião (“se matou, deve morrer”)³²¹.

Hegel, sob uma perspectiva um tanto quanto diferente, também sustenta essa teoria. Sob a sua perspectiva, a teoria absoluta em pouco se diferenciaria da prevenção geral positiva, já que ele “interpreta o fato punível como ‘algo negativo’, é dizer, como violação do Direito no sentido de sua negação”³²² (tradução livre).

A pena, portanto, sairia ao encontro de tal pretensão como sendo a negação da negação do Direito, o que faria com que o Direito restasse reestabelecido. “O que constitui um argumento é, não a utilidade da pena, mas somente a ideia de Direito convertida em conceito”³²³ (tradução livre).

A diferença entre o pensamento Kantiano do Hegeliano encontra-se basicamente na ideia de que enquanto para aquele a pena seria uma retribuição ética “que se justifica por meio do valor da moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto”, para este a pena seria uma retribuição jurídica “justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado”³²⁴.

Além disso, Hegel, materialmente se distingue de Kant “sobretudo em relação ao princípio de Talião, praticamente irrealizável, substituindo por uma ideia de equivalência entre delito e pena”. Todavia, ambos os autores estão de acordo no que se refere a negação do caráter preventivo da pena³²⁵.

As teorias absolutas são dotadas de uma “necessidade intrínseca entre culpa e punição”, “confusão entre direito e natureza”, ou “reafirmação de uma ordem natural

³¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. 2. Ed. Madrid: Thomson. Civitas, p.82.

³²⁰ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 21.

³²¹ *Ibidem*, loc. cit.

³²² *Ibidem*, p. 23.

³²³ *Ibidem*, loc. cit.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.

³²⁵ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 83.

violada”, girando em torno da ideia de “vingança”, “expição” e do “reequilíbrio entre pena e delito”³²⁶.

Roxin, partindo da ideia do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, entende que a teoria da retribuição já não mais encontra sustento científico nos dias de hoje. Isto porque, partindo da justificativa retributiva, não é possível “compensar ou suprimir um mal (o delito) causando outro mal adicional (o sofrimento da pena)” a partir do momento em que o Estado já não recebe seu poder de Deus, mas sim do povo³²⁷.

Por fim, ainda dentro da perspectiva retributiva, a “teoria da expiação” é construída de forma autônoma, partindo da ideia de que o autor do delito aceita internamente a pena “como justa compensação de sua culpabilidade”. Todavia, o conceito de “expição”, na verdade, é utilizado como outra palavra para indicar “retribuição”³²⁸.

Com fundamento diverso das já mencionadas teorias absolutas, existem ainda as teorias utilitaristas ou relativas, que buscam uma justificativa para a punição estatal. Essas concepções tratam a pena “enquanto meio para fins que dizem respeito ao futuro”³²⁹. Trata-se, portanto, de “posição diametralmente oposta a teoria da retribuição”³³⁰.

Dentro das teorias relativas, encontramos, ainda, uma subdivisão em dois grandes grupos: o primeiro se direciona àqueles que não delinquiram, chamada “teoria da prevenção especial”, subdividindo-se em positiva e negativa; e o segundo que atua sobre aqueles que delinquiram, chamada “teoria da prevenção especial”, que de igual modo se subdivide em positiva e negativa³³¹.

A teoria da prevenção geral enquadra-se nas teorias relativas na medida em que ela se relaciona ao um determinado fim, qual seja o da prevenção de futuros delitos.

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.

³²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 84.

³²⁸ *Ibidem*, p. 85.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, 2014, p. 240.

³³⁰ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 85.

³³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 56.

Deste modo, a pena não opera um fim de retribuição sobre o autor, mas sim de influência sobre a comunidade³³².

Sob o viés negativo, a teoria da prevenção geral “busca obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem se sentir tentados a fazê-lo”. Aqui, parte-se da ideia de que o ser humano é racional, e que irá fazer um cálculo de custo benefício, ponderando os “benefícios” obtidos com a prática criminosa, com os prejuízos da aplicação da pena³³³.

Dentre os autores que sustentam essa teoria, Feuerbach é o mais notório, com a chamada “Teoria psicológica da coação”, segundo a qual

Se imaginava a alma do delinquente potencial que havia caído em tentação como um campo de batalha entre os motivos que lhe empurram para o crime e os que resistem a ele; opinava que havia que provocar na psique do indeciso sensações de desagrado que fizesse prevalecer os esforços por impedirem a comissão e, desta maneira, pudessem exercer uma coação psíquica para se abster da comissão do fato³³⁴ (tradução livre).

Deste modo, a lei penal precisaria prever um mal maior, que seria a aplicação da pena, para que o sujeito se sentisse desestimulado a praticar o delito, “com uma descrição exata do fato e da pena”³³⁵. A eficácia, todavia, é um efeito secundário da pena. Assim, a execução da pena não deve ser a finalidade da efetividade, sob pena de abusar do réu “como um simples meio para o proveito de outros”, o que Feuerbach reprovava³³⁶.

Neste sentido, é possível arrematar que se trata de um discurso que torna a pena com uma função utilitária, livre de qualquer sentido ético, de modo que ela deveria ser somente necessária para intimidar aquele que porventura sinta-se tentado a praticar determinado delito³³⁷.

Sob o olhar de Ferrajoli, “dizer que a proibição penal tem a função de dissuadir equivale a dizer que uma prescrição possui a função de persuadir”, o que acaba sendo a função pragmática própria de todas as normas, que é “orientar

³³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 89.

³³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 57.

³³⁴ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 90.

³³⁵ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26.

³³⁶ *Ibidem, loc. cit.*

³³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, 2002, p. 89.

comportamentos, estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis ou desagradáveis em razão de omissão diante dos mesmos”³³⁸.

De outro modo, sob o viés positivo, a teoria da prevenção geral sustenta que a “criminalização seria fundada em seu efeito positivo sobre os que não delinquiram, mas não par dissuadi-los mediante a intimidação, senão como um valor simbólico”³³⁹. Assim, o que existe é uma busca pela “conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico”³⁴⁰.

Jakobs, defensor desta teoria, sob uma perspectiva contratualista, assinala que “o mero fato de iniciar um contato social já é sinal de que nenhum resultado indeterminado é esperado”³⁴¹. Com efeito, tendo em vista que mesmo as pessoas podendo conformar o mundo a vivência se dá em um mundo já organizado, as expectativas em uma estabilidade através da norma, necessárias para o contrato social, podem estar ligadas a dois distintos âmbitos de objetos:

por uma parte é necessária uma expectativa de que todos mantenham em ordem seu círculo de organização, para que não se produzam efeitos exteriores através dos quais poderiam resultar em danos para outros (...). Por outra parte, é necessária uma expectativa de que as instituições elementares funcionem ordenadamente. *Esta expectativa tem um conteúdo positivo, é dizer que as instituições estão em harmonia com as esferas de organização dos indivíduos singulares*³⁴².

A pena teria uma tripla função, qual seja a de aprendizado, motivado sociopedagogicamente; confiança no Direito o ao vislumbrar o Direito sendo cumprido; e o efeito de pacificação, que surge quando a “consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção”³⁴³. Assim, esta teoria, além de enxergar na

³³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 258.

³³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 60.

³⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 91.

³⁴¹ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9.

³⁴² *Ibidem*, p. 11.

³⁴³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 92. “*el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ‘ejercicio em la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, em virtude de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considerado el conflicto con el autor’*”.

pena um caráter preventivo de futuros delitos, bem como de proteção ao Direito Penal, não perde de vista um caráter preventivo especial³⁴⁴.

Existe nas doutrinas da prevenção geral positiva uma confusão entre direito e moral de modo que elas “inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas”³⁴⁵.

Zaffaroni sustenta que não se deve negar um caráter ético ao Direito Penal. Todavia, deve-se observar, diante dessa tentativa de “etização” que existe um enorme poder de vigilância por parte das instituições que exercem o poder penal, de modo que a defesa dos valores éticos não deve ser algo que legitime esse poder, mas sim que o limite, bem como que as determinações penais não são capazes de revogar os valores sociais, pois nas sociedades modernas não há um único sistema de valores³⁴⁶.

Ainda dentro das teorias utilitaristas ou relativas, temos as teorias da prevenção especial, que tal qual a prevenção geral, dividem-se em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa. Segundo a concepção de Franz v. Liszt, o principal defensor dessa teoria, “a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando a comunidade frente aos delinquentes, mediante o confinamento deste; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-lhe da reincidência mediante sua correção”³⁴⁷.

Essas doutrinas e legislações com caráter correicional começaram a se desenvolver na segunda metade do século XIX, “paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social, são ou doente, sobre o qual são chamadas a exercitar o olho clínico e os experimentos terapêuticos de poder”, de modo que “o projeto iluminista e puramente humanitário do punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico do punir melhor”³⁴⁸.

³⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 92.

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 256.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 62.

³⁴⁷ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 86.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, 2014, p. 246.

A pena deve influenciar no autor do delito de modo a lhe impedir, através da coação física, que venha a cometer outros delitos, ou até mesmo que ele deixe de fazê-lo por sua própria vontade, o que seria possível através da correção do autor, “seja pela via da educação ou adestramento, a intervenção corporal, ou intimidação mediante uma pena admonitória”³⁴⁹.

Desta feita, essa teoria sustenta que a pena e o Direito Penal, ao mesmo tempo que protege o indivíduo e a sociedade, pretende ajudar ao autor, “não expulsá-lo ou marca-lo, mas sim lhe integrar”³⁵⁰

Neste sentido, fica constatado o efeito regressivo dessa teoria, na medida em que submete um adulto a controles que seriam próprios de adultos e adolescentes, “eximindo-lhe das responsabilidades próprias de sua idade cronológica”³⁵¹, pois trata do delito não como uma lesão à norma, mas sim como um “mero sintoma de futuros delitos do próprio autor”³⁵².

O caráter “reintegrador” da pena parece ser uma controvérsia em si mesmo. Pretender que ao aplicar uma sanção em um sujeito, afastando-lhe do convívio social (já que a pena privativa de liberdade é a mais comum dentro do direito penal) sob o pressuposto de “ensinar-lhe” a conviver em sociedade depois de ter cometido um fato que é “juridicamente patológico”, é no mínimo hipócrita.

Com efeito, Zaffaroni pondera a vida sub-humana a que os presos são obrigados a suportarem, com risco para suas próprias vidas, sendo metade dessas pessoas presos provisórios, o que evidencia o paradoxo da teoria da prevenção especial diante da aplicação da pena sobre o corpo do sujeito³⁵³.

De igual modo, Roxin não se nega a criticar esta teoria, sustentando que o seu principal defeito consiste em não estabelecer um limite para a pena, o que consistiria, “em razão das suas consequências, reter o condenado durante o tempo necessário até que esteja ressocializado”, conduzindo-se, assim, a uma

³⁴⁹ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 29.

³⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto*. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 87.

³⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 63.

³⁵² JAKOBS, Günter. *Op. Cit.*, 1997, p. 30.

³⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, 2002, p. 63.

possibilidade de pena indeterminada, ou até mesmo a aplicação de uma pena privativa de liberdade de muitos anos a um delito de pouca importância³⁵⁴.

De igual modo, seguindo o raciocínio desta teoria, seria possível submeter alguém a um “tratamento (re)socializador”, caso este alguém demonstrasse propensão ao crime, ainda que ele não tenha realizado nenhum delito até então, evidenciando, portanto, um caráter radical da limitação da liberdade do sujeito³⁵⁵.

Por fim, no mesmo sentido que Roxin³⁵⁶, Jakobs conclui pela inexistência de resposta das teorias da prevenção especial para as hipóteses de “os autores de fatos graves que não necessitam de adaptação social, ou apenas (necessitam) moderadamente”, como nos casos dos assassinos da época do nazismo, bem como pessoas em situações de conflito “cuja repetição é improvável”³⁵⁷.

Diante de todas estas teorias legitimadoras da pena e do Direito Penal, fica evidenciada a necessidade do Estado de manter a sua Ordem. Seja entendendo a pena como a negação da negação, como reafirmação da validade da lei, ou como “ressocialização” ou neutralização do sujeito, o pressuposto para a ideia do que seja o delito (enquanto mal, negação da lei ou enquanto patologia) tem como base a estrutura de poder do Estado.

Todavia, em se entendendo pela necessidade do Direito Penal e da pena, as teorias legitimadoras têm uma importância por estabelecem o horizonte de atuação do Direito Penal, servindo para limitar o âmbito de atuação Estatal na aplicação da sanção àquele sujeito que desvirtua do status quo (seja praticando um “mal”, negando a lei, ou demonstrando uma patologia”

Dentre todas essas teorias mencionadas, de acordo com Silva Sanchez, os programas de *compliance* “se encontra na tradição daquela variante da prevenção

³⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 88.

³⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 89. Nesse sentido: “¿Cómo va justificarse desde un punto de de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delinquentes violentos del nacionalsocialismo que hoy em día son inofensivos y que viven en sociedade discretamente?”

³⁵⁷ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 33.

geral positiva, que funda suas raízes da doutrina de Welzel sobre o fomento dos valores éticos sociais da ação como via de proteção indireta dos bens jurídicos”³⁵⁸.

O Direito Penal é, portanto, dito de uma forma mais comum, um mecanismo de controle social, que dita normas específicas de controle, indicando o que pode e o que não pode ser feito, aplicando uma sanção para o seu descumprimento, necessitando, para que essa punição seja efetiva, de instituições de fiscalização e efetivação da norma, de modo que os programas de cumprimento representam a ação dessas instituições, tendo o delito como seu objeto³⁵⁹.

Desta feita, surge a ideia de que o *compliance* pretende ser, em verdade, uma medida preventiva da prática do delito que é tido como tal, a partir da cominação de uma sanção para quando da sua prática, para prevenir a prática da conduta. Os programas de cumprimento seriam, assim, um meio de atingir a finalidade preventiva do Direito Penal por garantir a sua efetividade.

4.4 O *IUS PUNIENDI* ENQUANTO EXCLUSIVIDADE DO ESTADO

Nesse ponto do trabalho, em que resta clara a natureza sancionatória/punitiva do Direito Penal, com os seus supostos fundamentos legitimadores, já chegando em suas linhas finais, é importante fazer algumas anotações acerca de quem tem o “direito de punir”. Afinal, falar de “privatização” dentro do Direito Penal deve comportar determinados cuidados.

Advirta-se que não se pretende fazer aqui uma análise histórica das teorias e pontos de vistas filosóficos acerca da titularidade e procedência do Direito de punir, algo que já remonta aos primórdios do que viria a ser o Direito Penal.

Dentro de uma perspectiva Clássica do Direito Penal, a leitura feita por Beccaria³⁶⁰ é a de que o Direito de punir do soberano surge “da necessidade de defender a

³⁵⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79-106.

³⁵⁹ LASCURAÍN, Juan Antonio. **Compliance, debido control y unos refrescos**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 128

³⁶⁰ BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 13.

liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos”, sendo as penas “tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos”.

Trata-se de uma visão contratualista do Direito, partindo da ideia de que “a multiplicação do homem” forçou a formação de sociedades, de modo que cada um deveria abrir mão de parte de sua liberdade, fazendo com que o estado de guerra fosse transferido “dos indivíduos para as nações”³⁶¹. Note-se que já aqui existe, além da fundamentação do poder de punir, a indicação do seu titular (o Estado, na figura do soberano).

Modernamente, adotando essa mesma linha contratualista, temos Jakobs³⁶² que entende a necessidade da intervenção penal somente para os casos em que haja a afetação a uma situação de interesse público, de tal modo que não se poderia renunciar a esse interesse “para o mantimento da configuração social básica”.

Com efeito, Roxin³⁶³ também reconhece o caráter público do Direito Penal, tendo em vista que ele se baseia na “subordinação do indivíduo ao poder do Estado”. Nesse sentido, Mir Puig³⁶⁴ informa que o Estado possui o monopólio da coação física, diante do “caráter primordialmente público dos interesses afetados pelo delito”.

Entrementes, “monopólio e formalização então são notas do *ius puniendi* que vão se constituindo paralelamente ao nascimento do conceito de Estado em seu sentido estrito”, entendendo-se o Estado, aqui, “como uma estrutura centralizada de poder” que o exerce em relação à forma mais coativa direcionada aos cidadãos, observados certos procedimentos³⁶⁵.

Com essas anotações, Yacobucci³⁶⁶ arremata o seu pensamento informando que o poder de punir conferido ao Estado não possui uma finalidade em si mesmo. Vale dizer, “o poder não se outorga em mero benefício do sujeito que é investido dele,

³⁶¹ BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 14.

³⁶² JAKOBS, Günter. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 12.

³⁶³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delicto**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, p. 43/44.

³⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases Del Derecho Penal**. 2. Ed. Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 5. Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 98.

³⁶⁵ YACOBUCCI, Guilherm J. **La deslegitimación de la potestade penal. La crítica al poder sancionador del Estado**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 49/50.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 54.

mas em função de terceiros que devem se beneficiar com o seu exercício”. Trata-se, portanto, de um caráter limitador do exercício do poder penal.

Deste modo, em que pese o exercício do poder de punir seja concedido ao Estado, o seu exercício se dá com uma finalidade específica, qual seja, o suposto benefício da sociedade, dentro de um viés contratualista, através do qual, como já se viu, os sujeitos abdicam de parte de sua liberdade em prol da sociedade.

Essa breve anotação acerca da titularidade o Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*) tem a finalidade de delimitar o âmbito de atuação do compliance na área criminal, diante da já alertada por Silva Sanhcéz³⁶⁷ tendência em se privatizar o Direito Penal diante da sua expansão, o que, segundo ele, pode acabar gerando uma ausência de efetividade na própria aplicação da lei penal, como se verá.

4.5 A PRIVATIZAÇÃO DA PREVENÇÃO CRIMINAL: AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Por tudo o quanto já exposto até aqui, cabe sublinhar que o *criminal compliance* é algo “muito mais complexo e sofisticado que a mera exigência de adequar-se à lei ou de observar a realidade”. A sua implementação gera um fenômeno transcendental de transferência da função preventiva que sempre foi atribuída unicamente ao Estado às organizações empresariais, “confiando que estas dispõem não somente maiores possibilidades estratégicas e operacionais que os indivíduos, e ainda por cima, desta maneira são capazes de controlar as fontes dos riscos de punibilidade”³⁶⁸.

Os programas de cumprimento seriam, nesse sentido, um dos elementos do *regulatory capitalism*, no qual, em que pese o Estado já não mais acredite na “mão invisível”, “cada vez menos presta serviços – quiçá por isso possa ser chamado de (neo)liberal -, mas tem incrementado notavelmente o número de normas e agências

³⁶⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. Ed. rev. ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 76 e 79.

³⁶⁸ AROCENA, Gustavo A. **Acerca del denominado “criminal compliance”**. Revista Crítica Penal y Poder. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 13, outubro. 2017, p. 128-145. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180308_03.pdf>, acessado em 26 mai. 2018.

administrativas”, demonstrando, o *compliance*, “uma estranha hibridização de público e privado, de Estado e mundo corporativo”³⁶⁹.

Trata-se da inserção do Direito Penal em uma nova era regulatória do Estado, na qual o ente público “será essencialmente regulador, e não executor, e as atividades que permanecem sob sua responsabilidade deverão ser preferencialmente executadas de forma descentralizada com a contratação de entidades ou empresas privadas”³⁷⁰.

Deste modo, conforme postula César Pimenta³⁷¹, essa nova perspectiva de Estado se pauta “em oito princípios básicos: desburocratização, descentralização, transparência, accountability, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão”.

O já citado autor Adán Nieto Martín³⁷² indica três problemas trazidos pelos programas de *compliance*. O primeiro, chamado de “*problema de la cosmética*”, se refere à credibilidade dos programas de compliance, pois a sua existência no âmbito de uma organização “não indica necessariamente uma vontade de implantar uma cultura de respeito a legalidade e implementar os controles que sejam necessários para isso”, sendo adotados meramente para causar boa impressão.

O segundo problema seria a insegurança jurídica gerada para a empresa, tendo em vista que as indicações contidas na legislação não dão pista “acerca de qual será o nível de exigência, nem os elementos que este deve ter”. Por fim, aponta a problemática apresentada diante da “privatização de uma função pública tão importante como é a do controle da criminalidade”³⁷³.

Com efeito, no que se refere à atuação Estatal frente a iniciativa privada em termos de regulação, Coca Vila³⁷⁴, afirmando a necessidade da existência de um “novo ‘estado regulador’”, diante da sua incapacidade de enfrentar “a crescente complexidade de uma sociedade funcionalmente diferenciada”, faz uma interessante

³⁶⁹ MARTÍN, Adán Nieto. **Introducción**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 13.

³⁷⁰ PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998.

³⁷¹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷² MARTÍN, Adán Nieto. *Op. Cit.*, 2013, p. 22.

³⁷³ *Ibidem*, p. 23.

³⁷⁴ VILA, Ivó Coca. **¿Programas de Cumplimento Como Forma de Autorregulación Regulada?** In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 48.

distinção entre “autorregulação pura”, “metarregulação” e a “autorregulação regulada”.

Ao conceituar “autorregulação”, o autor compara as empresas ao ser humano, afirmando que *“en el ejercicio de su autonomía podrían regularse como creyran conveniente, si verse condicionados por agentes externos, siempre y cuando la concreta configuración adoptada no se produjeran injerencias en las esferas de libertad ajenas”*³⁷⁵.

A “metarregulação”, por sua vez, seria a forma em que o Estado não regula as empresas, mas estabelecem incentivos com a finalidade de que elas se autorregulem, a partir de “*parâmetros generales*”³⁷⁶.

Por fim, a “autorregulação regulada”, ou então “corregulação”, seria *“la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizada por la incorporación del ente privado em el proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado”*³⁷⁷.

Este último modelo de regulação conceituado (autorregulação regulada) é o que melhor identifica os programas de *compliance*, tendo em vista a determinação legal de que as empresas adotem determinadas medidas de vigilância com a finalidade de prevenir a ocorrência de ilícitos, mais especificamente a lavagem de capitais. Nesse desiderato, a autorregulação regulada “diz respeito a uma inteiração das estruturas de autorregulação condicionadas externamente com os poderes públicos”³⁷⁸.

A ideia de autorregulação regulada nasce com o intuito de vencer as problemáticas trazidas pelo liberalismo clássico, bem como pelo intervencionismo estatal, através da adoção de uma política de privatização que não mais desregula. Ao revés, a privatização faz com que a regulação cresça, o que significa um Estado onde a

³⁷⁵ VILA, Ivó Coca. **¿Programas de Cumplimento Como Forma de Autorregulación Regulada?** In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 49.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 51.

³⁷⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁷⁸ 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, p. 69.

maioria da polícia é polícia privada, onde a maioria das prisões são prisões privadas, reguladas pelo Estado”³⁷⁹.

Assim, o instituto em questão “faz referência ao fato de que a empresa se autorregula por meio do estabelecimento de normas internas de prevenção de delitos”, sendo a expressão *compliance* também utilizada para indicar o documento no qual consta as regras e determinações internas, ou seja, o “programa de compliance corporativo”³⁸⁰.

Nesse ínterim, a ideia de autorregulação “apela, de forma mais ou menos explícita, à tradicional aspiração liberal de indivíduos e organizações a determinar livremente sua conduta e suas formas de funcionamento” (ainda que se sustente a ideia da manutenção da regulação estatal), de modo a evitar interferência por parte dos poderes públicos. Isso ocorre a partir do declive do Keynesianismo, momento no qual os serviços e funções públicas começaram a ser privatizados, “e na ‘nova ordem’, muitos atores privados exercem, formal e informalmente, funções de autoridade pública”³⁸¹.

O tema reveste-se de evidente importância tendo em vista a possível repercussão penal que essa “adesão aos mecanismos de *compliance*” pode gerar, sendo necessária uma análise acerca da sua legitimidade, bem como, na hipótese de ser legítimo, quais seriam os limites de atuação privada na prevenção de delitos de modo a não afetar a exclusividade estatal em relação ao *ius puniendi*.

Assim, Paulo César Busato³⁸², em uma de suas produções acadêmicas, num tópico curiosamente chamado de “*Autorregulación: El Lobo A Cuidar Del Ganado*”, expõe que a opção pelos programas de *compliance* torna a empresa em “juiz de si

³⁷⁹ BRAITHWAITE, John. **Accountability and Governance under the new Regulatory State**. Disponível em: http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Accountability_Governance_1999.pdf. Acessado em 30 mai. 2018.

³⁸⁰ AROCENA, Gustavo A. **Acerca del denominado “criminal compliance”**. Revista Crítica Penal y Poder. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 13, outubro. 2017, p. 128-145. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180308_03.pdf, acessado em 26 mai. 2018.

³⁸¹ CALATAYUD, Manuel Maroto. Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: JIMENEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 75. Disponível em: https://www.academia.edu/4073969/Autorregulaci%C3%B3n_y_legitimidad_corporativa_democracia_interna_y_control_social_en_partidos_pol%C3%ADticos_y_empresas. Acessado em: 30 mai. 2018.

³⁸² BUSATO, Paulo César. **Lo que no se disse sobre Criminal Compliance**. Revista Eletrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565, p. 4. Disponível em: http://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf. Acessado em 20 de mai. 2018.

mesma”, na medida em que é a própria empresa, local em que ocorre o ilícito, quem decide qual “o evento digno de se noticiar às autoridades públicas para a sua persecução”.

Note-se que, aqui, em que pese a autorregulação não seja pura, vale dizer, é regulada pelo Estado, os elementos são extraídos pela própria iniciativa privada, que, passará as informações à autoridade pública, a qual, em que pese faça o juízo da existência ou não de expediente ilícito, o fará com base no que lhe foi concedido.

O que ocorre é que, ao possuir esse poder investigativo, a empresa tem a possibilidade de “construir a ‘realidade’ tal como lhe convence”³⁸³, o que acaba por dificultar a investigação do que aconteceu, de modo que a lógica do *compliance*, que se sustenta na ideia de identificação e prevenção de crimes, cai por terra e resta subvertida.

Nesse sentido, surge a contradição de um dos discursos legitimadores da autorregulação, pontuado por Calatayud, qual seja, o argumento tecnocrático, pautado na ideia de “maior eficácia dos sistemas privados de controle, da autorregulação como forma eficaz de intervenção pública”, colocando o Estado em um status inferior ao setor privado³⁸⁴.

Trata-se de um argumento pautado em uma premissa muito mais ideológica “do que de uma realidade constatada, ou em todo caso como o efeito reflexivo da hegemonia do pensamento e políticas neoliberais durante as últimas décadas”. Além disso, essa autonomia regulatória ainda acaba por gerar uma dúvida acerca da sua legitimidade democrática, bem como eficácia³⁸⁵, o que, em termos de criminal compliance resulta naquilo sustentado por Busato, acima informado. Essa incongruência é gerada, segundo Claus Offe³⁸⁶, pela estratégia ambiciosa do Estado em intervir.

³⁸³ MARTÍN, Adán Nieto. **Problemas Fundamentales Del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal**. In: Temas De Derecho Penal Económico: Empresa y Compliance. Anuario de Derecho Penal. 2013-2014, p. 198. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf Acessado em 20 de mai. 2018.

³⁸⁴ CALATAYUD, Manuel Maroto. Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: JIMENEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (dir). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 83. Disponível em: < https://www.academia.edu/4073969/Autorregulaci%C3%B3n_y_legitimidad_corporativa_democracia_interna_y_control_social_en_partidos_pol%C3%ADticos_y_empresas>. Acessado em: 30 mai. 2018.

³⁸⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁸⁶ OFFE, Claus. **Societal preconditions of corporatism and some current dilemmas of democratic theory**. Trabalho apresentado na conferência “Issues on Democracy and

Trata-se de uma evidência reconhecida até mesmo pelos defensores da autorregulação, como o Braithwaite³⁸⁷, que sustenta a maior capacidade das empresas em regular suas atividades negociais, ao passo em que pondera que “elas não são necessariamente mais dispostas a regular efetivamente”, sendo tal fato “a fraqueza fundamental da autorregulação voluntária”. Desse modo,

Um programa voluntário vai cessar muitas atividades que custem dinheiro à empresa e outras que são custo neutro; irá até parar algumas violações que beneficiem financeiramente a curto prazo, em prol do benefício a longo prazo de promover o cumprimento do compromisso do empregado. Recomendações que envolvam consequências além do custo neutro ou a curto prazo, contudo, comumente serão ignoradas.

A autorregulação regulada seria, portanto, uma forma de superar a “burocracia, os custos e a incapacidade de inovação que podem resultar de imposições governamentais muito detalhadas aos negócios, bem como à ingenuidade de confiar nas companhias para regularem-se a si próprias”³⁸⁸.

O que se vê, deste modo, é a faceta daquilo que se tem por New Public Management (NPM), um modelo de gestão empresarial que possui como objetivo a incorporação “na gestão de organizações públicas a eficiência comum à lógica de mercado”³⁸⁹.

Nada obstante, ainda que se adote a ideia de insuficiência do Estado, bem como reconhecendo a impossibilidade do mercado se regular de forma independente, aderir a ideia de autorregulação regulada como forma de efetivação das finalidades sociais deve comportar restrições, ainda mais no que se refere ao Direito Penal.

Isso porque não se pode olvidar que o debate acerca da intervenção estatal se refere ao desenvolvimento social, em especial o próprio desenvolvimento

Democratization: North and South. Kellogg Institute, November 1983. Disponível em: <https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/014_0.pdf>. Acessado em: 30 mai. 2018.

³⁸⁷ BRAITHWAITE, John. **Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control**. Michigan Law Review: June, 1982. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/270033308_Enforced_Self-Regulation_A_New_Strategy_for_Corporate_Crime_Control>. Acessado em 30 mai. 2018.

³⁸⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Anticorrupção e Compliance: A incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas de medidas de compliance**. 2016. Tese. Orientadores: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo; Prof. Dr. Nicolás Rodríguez García; Prof. Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

³⁸⁹ BLONSKI, Fabiano; PRATES, Rodolfo Coelho; COSTA, Mayla; VIZEU, Fábio. **O Controle Gerencial na Perspectiva do New Public Management: O Caso da Adoção do Balanced Scorecard na Receita Federal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/1042#.WxB3kEgvzIU>>. Acessado em 30 mai. 2018.

econômico, vale dizer, os fundamentos³⁹⁰ da autorregulação regulada resta pautado como uma política estatal econômica, de tal modo que não podem ser importados de forma cega pelo Direito Penal, uma vez que este jamais poderá ser utilizado como ferramenta de produção do lucro, mas tão somente de repressão às condutas supostamente lesivas a bens jurídicos, nunca perdendo de vista a diferença entre economia e ordem econômica, que é o real bem jurídico.

Trata-se de tema eivado de controvérsias que vão além da própria seara jurídica. Em verdade, tal como anota Renato de Mello Jorge Silveira³⁹¹, as alterações postuladas pelo Direito Penal Econômico não são “de fácil ou tranquila percepção e muito menos de unânime aceitação”, de tal modo que toda essa inovação trazida pelo Direito Penal Econômico tem encontrado resistência “percebida em todas as frentes”.

Nesse desiderato, merece especial atenção a crítica feita por Juarez Tavares ao “modelo de política criminal neoliberal³⁹²” que propicia um combate simbólico da criminalidade, chegando a traçar algumas características desse modelo de política criminal:

é próprio de um contexto econômico, onde as privatizações de setores estratégicos do aparelho público tornam confusa a separação entre Estado e empresas; fomenta a orientação repressiva extremamente autoritária para com a criminalidade de rua; amplia a orientação preventiva, incluindo como criminosas as pessoas de contacto com os indiciados, ou aquelas suscetíveis de causarem perdas econômicas; *estimulam a extensão e a diversificação de sanções penais e extrapenais* (grifo nosso)³⁹³.

Já fora dito em momento oportuno que a adesão aos mecanismos de *compliance* se fundamenta em uma pretensiosa justificativa de que o Estado não conseguiria

³⁹⁰ PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998: *Nessa perspectiva, o Estado passa de produtor de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento, com uma participação mais direta dos cidadãos nas suas decisões.*

³⁹¹ 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, p. 66.

³⁹² O termo neoliberal, ou neoliberalismo possui a mesma acepção do capitalismo regulatório, conforme Braithwaite em sua obra **Regulatory Capitalism. How it Works, ideas for making it work better**. Northampton: Edward Elgar Publishing: 2008.

³⁹³ TAVARES, Juarez. **A globalização e os problemas de segurança pública**, in **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Org.: Stephen Holleinster. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2004, p. 64.

cumprir a sua finalidade preventiva, delegando, portanto, parte do seu papel à iniciativa privada, que seria mais ágil e efetiva³⁹⁴.

Contudo, o que ocorre, na verdade, é um “desmonte” do Estado que tem se tornado a exteriorização e expressão do capital globalizando porquanto seja, atualmente, a “força ativamente dominante, nas estruturas econômica, jurídica e política”³⁹⁵. Nessa mesma perspectiva de criminalização simbólica da riqueza, Vera Regina Pereira de Andrade³⁹⁶ pondera que esta é capaz de gerar a impressão de que existe uma intenção de combate desta criminalidade, “ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções”.

Nesse ponto, a autora cita a teoria das três velocidades do Direito Penal proposta por Silva Sánchez³⁹⁷, sendo a primeira velocidade aquela referente à pena de prisão, situação na qual se mantém as máximas garantias do Direito Penal, a segunda velocidade aquela que não concebe a pena de prisão, e por isso existe uma flexibilização das garantias, e por fim, a terceira velocidade, que consagra a pena privativa de liberdade, flexibilizando as garantias, sendo esta velocidade destinada aos inimigos.

A terceira velocidade por sua vez, conforme reconhece o autor, “existe já, em ampla medida, no Direito Penal Socioeconômico”, devendo ter seu âmbito conduzido à primeira e à segunda velocidades³⁹⁸, vale dizer, o Direito Penal Econômico não mais poderá fazer uso da pena privativa de liberdade, de caráter pessoal, enquanto continuar a mitigar as garantias.

³⁹⁴ Nesse sentido: 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, p. 70. “O cume atingido pelas noções de autorregulação, notadamente no Direito Administrativo, deveu-se à formação das forças da Economia que acabaram por abrir novos circuitos e formando organizações de difícil controle pelo Estado. Do mesmo modo, tanto o avanço tecnológico como as implicações elaboradas no campo empresarial evidenciaram a dificuldade desse mesmo Estado em exercer seu devido controle”.

³⁹⁵ TAVARES, Juarez. **A globalização e os problemas de segurança pública**, in: **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Org.: Stephen Holleinster. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2004, p. 66.

³⁹⁶ DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Horizonte de Projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal**. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1c2dff5a2ac415cfa5d53f8c7484060.pdf>>.
 Acessado em 30 mai. 2018.

³⁹⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 163.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 164.

Nas palavras de Juarez Tavares, “é preciso repensar criticamente a posição legitimante da repressão, para não se deixar envolver ela ficção de um instrumento de coação, que nada mais é do que um símbolo de justificação de poder”³⁹⁹.

³⁹⁹ TAVARES, Juarez. **A globalização e os problemas de segurança pública**, in **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Org.: Stephen Holleinster. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2004, p. 75.

5 CONCLUSÃO

Após a explanação do tema em questão, a primeira coisa a ser ponderada é que, como qualquer trabalho acadêmico, este não pretende ser terminativo, nem mesmo esgotar os temas aqui sobejados. Na verdade, o tema escolhido para ser objeto de estudo é de tamanha complexidade, uma vez que acaba envolvendo vários outros temas.

Em sede de Direito Penal Econômico, tudo parece ser controverso, desde a fundamentação que legitima a sua existência, até a política criminal atualmente adotada para o combate dos crimes de colarinho branco, perpassando, inclusive, pelos critérios de imputação do delito.

O que se pode extrair do quanto já demonstrado aqui é que o Direito Penal Econômico é a mais lídima representação das mudanças a que o Direito Penal, até em tão rígido e fechado, está sujeito. Mudanças essas que todo e qualquer ramo no Direito sofre dada a mutabilidade das relações sociais, em razão das quais o Direito em sentido amplo serve.

A globalização, enquanto fenômeno verificado para além das fronteiras nacionais, fez surgir determinadas situações que supostamente possuem potencialidade lesiva, capazes de prejudicar a tranquilidade das relações sociais, clamando, portanto, pela intervenção penal.

O risco torna-se a mola propulsora da utilização do Direito Penal como ferramenta estatal de intervenção na iniciativa privada, o que sempre foi uma controvérsia, já que no decorrer dos tempos, Estado e iniciativa privada disputam o espaço de maior importância na sociedade, desde a época da “mão invisível”, até os tempos do Keynesianismo.

Acontece que, mesmo com a aceitação da impossibilidade do mercado se controlar pelas suas próprias leis, a intervenção estatal sempre teve uma perspectiva de regulação em favor do mercado, vale dizer, para a própria manutenção do sistema capitalista de produção, chegando ao que se tem por capitalismo regulatório, consagrado na Constituição Federal de 1988 através do estabelecimento da função social da propriedade privada como um dos princípios da Ordem Econômica.

Em termos de Direito Penal, a Ordem econômica em sentido amplo passa a ser o bem jurídico afetado pelas condutas estabelecidas como delitos econômicos, afinal, conforme os pensamentos aqui demonstrados, a sustentação minimamente racional de um sistema punitivo é a existência de um bem jurídico, plasmado na Constituição, e que, além de ser de ampla importância, os demais ramos do Direito não conseguem lhe conceder a devida “proteção”.

Trata-se, por sua vez, de um bem jurídico de natureza “supraindividual”, tendo em vista que não existem várias ordens econômicas, das quais cada cidadão, individualmente considerado, é titular de uma. A Ordem Econômica, na verdade, é a saúde do fluxo econômico de um país, sendo necessária para a vida de todos os indivíduos dentro de um sistema capitalista. A “supraindividualidade” do bem jurídico é uma importante característica do Direito Penal Econômico, juntamente com a criminalização de meras condutas e de crimes tidos como de perigo abstrato.

A lavagem de dinheiro é um fenômeno que possui remotos antecedentes históricos, passando a ter importância para o Direito Penal no período de maior repressão ao tráfico de entorpecentes, em especial o tráfico de bebida alcoólica nos Estados Unidos, com o intuito de impossibilitar o proveito econômico auferido pela prática do delito. A estrutura do crime de lavagem é sofisticada, tendo em vista que o capital precisa passar por uma série de transações até que tenha a aparência legítima e possa ser utilizado livremente no mercado lícito.

Inicialmente, pela sua própria finalidade, era sustentada a tese de que o bem jurídico afetado pela empreitada criminosa seria a saúde pública, por ser o bem jurídico afetado pelo tráfico, o qual poderia se perpetuar cada vez mais, diante da reutilização dos bens auferidos pela prática para fomentá-la cada vez mais, inviabilizando o seu combate.

Vencida essa ideia, inclusive pela existência do princípio no *ne bis in idem*, a discussão acerca do bem jurídico ganha uma nova roupagem, chegando, hoje, ao ponto de se entender pela Ordem Econômica em sentido estrito, ou seja, a segurança dos fluxos que circulam no mercado, o bem jurídico afetado pela prática, havendo, contudo, forte doutrina no sentido de se compreender pela administração pública como bem jurídico afetado, sendo atingida a Ordem Econômica somente de forma secundária.

No já dito mundo globalizado, a lavagem de capitais passa a recrudescer, atingindo âmbitos além das fronteiras nacionais, sendo enxergada internacionalmente. Deste modo, o cenário mundial se volta para o estabelecimento de práticas que os Estados devem adotar visando o seu combate.

O Brasil acaba adotando essa política internacional de combate à lavagem de capitais, editando, em março de 1998 a lei de lavagem, que passou por considerável alteração em 2012, momento no qual excluiu-se o rol taxativo dos delitos antecedentes, atendendo a uma determinação internacional para que haja um efetivo combate ao crime em sua perspectiva transnacional.

O presente trabalho se voltou a analisar a lavagem de capitais dentro do âmbito empresarial, de modo a analisar de qual forma se dá a sua imputação dentro do âmbito empresarial, tema que comporta diversos posicionamentos, chegando-se ao *compliance*, tema central desta monografia.

Com efeito, esboçou-se, aqui, as principais teorias acerca da autoria no Direito Penal empresaria, em especial a teoria adotada pelo Código Penal pátrio, a qual, independente de críticas doutrinárias, deve ser utilizada para imputar a alguém a autoria ou participação numa empreitada criminosa.

A problemática, em verdade, gira em torno da responsabilidade do superior hierárquico pelos delitos cometidos pelos seus subordinados dentro de uma organização empresarial, vale dizer, se a mera posição de hierarquia faz com que o sujeito seja responsável por impedir ou fazer cessar toda e qualquer atividade criminosa perpetrada em seus empregados, mesmo tendo eles praticado de forma “autorresponsável”.

Chegou-se, aqui, ao entendimento de que não, com base na esteira de relevante parcela doutrinária. A mera posição hierárquica não torna, de forma imediata, o sujeito responsável pelos delitos de outrem. A possibilidade de atribuir responsabilidade pelo crime praticado por terceiros é através dos crimes comissivos por omissão, ou seja, quando o sujeito possua dever de garante, nos termos estabelecidos pelo Código Penal.

Por fim, as principais linhas do criminal compliance foram delineadas, demonstrando-o como um meio de haver a delimitação da responsabilidade criminal

dentro da empresa, conforme sustenta Silva Sánchez, bem como enquanto um instrumento de prevenção de práticas criminais no âmbito empresarial.

O *compliance* é um instituto de Direito Empresarial, o qual foi “importado” para o Direito Penal sob uma perspectiva preventiva, vale dizer, como uma forma de implementar um sistema de cumprimento normativo criminal dentro da empresa, o que nunca foi costume no mercado, que sempre se pautou em práticas de maximização de lucros, sejam elas lícitas ou não.

Tem-se, todavia, que essa ideologia empresarial de respeito às leis, através da implementação de sistemas de cumprimento já vem de um tempo, como sendo um meio utilizado muito mais sob uma perspectiva de lucro, já que a empresa criava uma “boa imagem”, do que no sentido de haver uma vontade de cumprimento normativo.

Os programas de criminal *compliance* tornam-se uma realidade obrigatória no Brasil desde a alteração sofrida pela lei de lavagem de capitais, que determinou a implementação de sistemas de vigilância na empresa, com a finalidade de se verificar práticas ilícitas suspeitas, com a obrigatoriedade de informação desses dados ao COAF, órgão regulatório responsável pela investigação de crimes de capitais.

Dentre os requisitos para a implementação de um programa de *compliance*, existe a obrigatoriedade de eleição de um coordenador de tal programa, chamado de *compliance officer*, ou oficial de cumprimento. Dada as suas tarefas e a própria finalidade dos programas de cumprimento, surge a dúvida no que se refere a existência ou não de um dever de garante por parte do *compliance officer*.

Após a análise das hipóteses de dever de garante existentes no ordenamento, foram trazidas ideias opostas acerca do possível dever de garante do *compliance officer*, em especial a sustentada por Ilana Martins, que sustenta a inexistência do dever de garante do oficial de cumprimento, diante da existência de uma expressa e concreta determinação do dever de impedir o resultado, sustentando a impossibilidade de se pautar na ideia de um dever genérico gerado pelo intuito preventivo do *compliance* para atribuir responsabilidade criminal.

Com efeito, superando a matéria específica acerca da existência ou não da existência do dever de garante, ponderou-se a necessidade de se comprovar a

existência de dolo, ou seja, conhecimento e vontade do *compliance officer* da ocorrência do resultado para que a ele seja imputada a responsabilidade criminal, a qual deve ser analisada especificamente dentro de cada organização empresarial, dentro da sua engrenagem.

Deste modo, chegou-se a análise de um efeito “extrajurídico” trazido pelos programas de *compliance*, qual seja, a consagração da política de autorregulação regulada, ou privatização da prevenção criminal, dentro dessa lógica de atribuição à própria empresa do dever de vigilância e prevenção dos delitos, algo que, até então, era monopólio do Estado, bem como o dever de informação ao Estado de transações suspeitas.

A autorregulação regulada, por sua vez, pautada numa realidade de capitalismo regulatório, coloca o Estado em uma posição de regulador das atividades exercidas dentro da seara particular e não mais um interventor. Vale dizer, o Estado estabelece os parâmetros para que as empresas se regulem, e apenas fazem um controle. Trata-se do reconhecimento da inviabilidade de uma autorregulação pura, pautada na mão invisível, bem como de um Estado que interfere livremente na iniciativa privada, sendo, assim, algo que se aproxima de um modelo híbrido de regulação, com vistas ao desenvolvimento do capital.

Todavia, na seara do Direito Penal essa autorregulação, ainda que regulada, deve comportar determinadas restrições, dada a credibilidade e legalidade da própria forma em que a empresa se autorregula. Vale dizer, dada a finalidade do mercado em produzir lucro, e do Direito Penal em reprimir condutas lesivas à sociedade, os programas de *compliance* podem restar enfraquecidos diante de um conflito de interesses.

Isso porque caberá a empresa fazer um controle daquilo que será passado ao Estado, bem como a forma que será passado, podendo inclusive, deturpar e manipular tais informações de uma forma que lhe beneficie ou que não venha a lhe prejudicar, daí o porquê da imagem gerada do “Lobo que cuida do gado”.

A credibilidade dos programas de *compliance* ainda resta mitigada ao analisar à postura do mercado frente às leis do Estado, desde uma perspectiva de negá-lo, até a ideia de permitir a intervenção, desde que essa intervenção seja para lhe beneficiar, corrigindo os erros gerados, maximizando a produção do capital.

Veja-se, como já foi comentado, que essa ideia de cumprimento normativo já é algo que vem sendo adotado pelas empresas há um tempo, com uma perspectiva de eminente estratégia de produção do lucro, o que demonstra que o *compliance* na verdade tem um viés muito mais de afastamento do Estado do cenário regulatório privado do que uma real intenção de cumprimento normativo, afinal, enquanto existir mercado pautado num sistema capitalista, a maximização dos lucros será sempre o norte a ser perquirido.

Advirta-se, a seu turno, que não se trata de impedir a produção e maximização do capital, mas sim de não a ter como um norte a ser seguido e obtido a qualquer custo, principalmente na seara penal, que diante da sua potencialidade lesiva de pena corporal ao indivíduo, somente poderá ser minimamente legítima nas hipóteses em que houver a afetação a um bem jurídico caro à existência e manutenção da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero**. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

ANTONIETTO, Caio; RIO, Rodrigo Sanchez. Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 114, 2015, p. 341-376.

AROCENA, Gustavo A. **Acerca del denominado “criminal compliance”**. Revista Crítica Penal y Poder. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 13, outubro. 2017, p. 128-145. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180308_03.pdf>, acessado em 26 mai. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/998, com alterações dadas pela Lei 12.683/2012**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34: 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial 5. Dos Crimes contra a Administração Pública. Dos Crimes praticados por Prefeitos**. 4. Ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica**. Eguzkilore, Nº 23. San Sebastián, 2009, p. 118. Disponível em: < <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>>. Acessado em 23. Mai. 2018.

BLONSKI, Fabiano; PRATES, Rodolfo Coelho; COSTA, Mayla; VIZEU, Fábio. **O Controle Gerencial na Perspectiva do New Public Management: O Caso da Adoção do Balanced Scorecard na Receita Federal do Brasil**. Disponível em: < <http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/1042#.WxB3kEgvzIU>>. Acessado em 30 mai. 2018.

BRAITHWAITE, John. **Accountability and Governance under the new Regulatory State**. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp->

[content/uploads/2016/03/Accountability_Governance_1999.pdf](#). Acessado em 30 mai. 2018.

_____. **Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control.** Michigan Law Review: June, 1982. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/270033308_Enforced_Self-Regulation_A_New_Strategy_for_Corporate_Crime_Control>. Acessado em 30 mai. 2018.

BRASIL. COAF. **Carta Circular nº 1**, de 1º de dezembro de 2014. Divulga os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas submetidas à regulação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, para o cadastramento de que trata o inciso IV do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3.3.1998. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/carta-circular-no-1-de-1o-de-dezembro-de-2014>>. Acessado em: 27 mai. 2018.

_____. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acessado em 29 set. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 29 set. 2017.

_____. **Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acessado em 30 abr. 2018

_____. **Decreto n. 5.015 de 12 de Março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acessado em 30 abr. 2018.

_____. **Lei de Lavagem de Capitais de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 27 set. 2017

_____. **Lei n. 12.846 de 1 de Agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acessado em 30 abr. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Lo que no se disse sobre Criminal Compliance.** Revista Eletrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565, p. 4. Disponível em: http://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf . Acessado em 20 de mai. 2018

CALATAYUD, Manuel Maroto. Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. In: JIMENEZ, Luis Arroyo; MARTÍN,

Adán Nieto (dir). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 75. Disponível em: <
https://www.academia.edu/4073969/Autorregulaci%C3%B3n_y_legitimidad_corporativa_democracia_interna_y_control_social_en_partidos_pol%C3%ADticos_y_empresas>. Acessado em: 30 mai. 2018

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: A engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Horizonte de Projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal**. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1c2dff5a2ac415cafa5d53f8c7484060.pdf>>. Acessado em 30 mai. 2018.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Anticorrupção e Compliance: A incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas de medidas de compliance**. 2016. Tese. Orientadores: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo; Prof. Dr. Nicolás Rodríguez García; Prof. Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre

DE SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de Direito Econômico. Tiragem comemorativa ao centenário de nascimento do autor**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2005

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. 1 ed. brasileira. 2 ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

FAFT-GAFI. **Padrões Internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: as recomendações do GAFI**. Tradução de Deborah Salles, revisão da tradução de Aline Bispo. [S.1.], 2012. Disponível em: <
<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>, Acesso em: 10 mai. 2018

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Autoría y Participación en Organizaciones Empresariales Complejas, **Revista de Derecho Público**. Universidad de Los Andes. N. 21. Ago. 2008

_____. **Teoria da Imputação Objetiva. Estudo Crítico e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva**. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns**. São Paulo: Almedina, 2001

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários Críticos À Lei Brasileira de Lavagem de Capitais. Legislação Penal Especial em Homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de relativização do nemo tenetur detegere: Cultura do Controle e Política Criminal**. Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acessado em 30 mai. 2018.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber e control”: una aproximación tópica**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2015

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**. Disponível em: <
https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rM_FSZEGN9IJ:https://df8aa6jbtstnmo.cloudfront.net/download/Aula%252014%2520-%2520Ci%25C3%25Aancias%2520Criminais%2520-%2520Leitura%252003.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em 30 mai. 2018

_____. _____. In: *Doutrinas Essenciais. Direito Penal e Processo Penal*. Gustavo Henrique Badaró (org.). Volume II. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do Direito Penal e a sociedade de risco**. (http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf) Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008

JAKOBS, Günter. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación**. 2. Ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

LAKSHMI, V. **Command Responsibility In Internetional Criminal Law: The “should have known standard” and the subsequent gulf between liability and culpability**. Nirma University Law Journal: Volume-3, Issue-1, July-2013, p. 51/52. Disponível em: <http://docs.manupatra.in/newsline/articles/Upload/979BB424-2E72-4A74-B9A0-EACB0B909108.pdf>

LASCURAÍN, Juan Antonio. *Compliance*, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). **El Derecho Penal Económico En La Era *Compliance***. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013

_____. Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In: S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez (dir). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 2. Disponível em: <
http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edicion_1/articulos/LascurainSalvar_al_Oficial_Ryan.pdf>. Acessado em: 29 mai. 2018

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

LUZ, Ilana Martins. **Complicance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 1. Ed. 2. Tira. São Paulo: Malheiros, 2004

MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría Y Participación em el Derecho Penal Económico**. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla – La Mancha, 2002

_____. **Introducción**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). **El Derecho Penal Económico En La Era Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013

_____. **Problemas Fundamentales Del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal**. In: Temas De Derecho Penal Económico: Empresa y Compliance. Anuario de Derecho Penal. 2013-2014, p. 198. Disponível em:
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/an_2013_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf) Acessado em 20 de mai. 2018

MILTONS, Michelle Merética. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 2016

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*. **Estudios Penales y criminológicos**. Universidade de Santiago de Compostela. Nº 14, 1989-1990. p. 203-216

_____. **Introducción a Las Bases Del Derecho Penal**. 2. Ed. Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 5. Buenos Aires: BdeF, 2003

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2015

OFFE, Claus. **Societal preconditions of corporatism and some current dilemmas of democratic theory**. Trabalho apresentado na conferência “*Issues on Democracy and Democratization: North and South*”. Kellogg Institute, November 1983. Disponível em: <

https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/014_0.pdf>. Acessado em: 30 mai. 2018.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (Dis)Funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodvm, 2011

PENA, Ana María Neira. La efectividade de los criminal *compliance programs* como objeto de prueba em el processo penal. **Polít. Crim.** Vol. 11, Nº 22, Diciembre 2016, Art. 5, pp. 467-520. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf. Acessado em 23. Mai. 2018.

PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 12. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2016

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance - Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** vol. 114, ano 23. São Paulo. Ed. RT, maio-jun, 2015

RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito Penal Econômico – É legítimo? É necessário? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 25. Vol 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

ROMERO, Marta Muñoz de Morales. **Programas de cumprimento “efectivos” em la experiencia comparada**. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Dir.). *El Derecho Penal Económico En La Era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 214/215

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2009

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. Adré Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

_____. **Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização**, in *Temas de Direito Penal. Parte Geral*. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (coords.). Rio de Janeiro, 2008

_____. **Derecho Penal Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. 2. Ed. Madrid: Thomson. Civitas.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados: Ensaios em Anticriminologia**. Trad. Davi Tangerino; Luciana Boiteux; Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SANCTIS, Fausto Martin De. **Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SCHMIDT, Andrei Zekner. **Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico**, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 22. Vol 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

SCHOTT, Paul Allan. **Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo**. Segunda Edição e Suplemento sobre a Recomendação Especial IX. Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, 2004

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo XLI, fasc. II, mayo/agosto, 1988

_____. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación**. Seminario Internacional Complutense. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 10. Novembro/2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>>

SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. **Deberes de Vigilancia Y Compliance Empresarial**. In: MONTINEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (ed. lit.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001

SILVA, César Augusto Silva da. **O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária Pertinente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, 2004

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance**, in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira; SAAD-DINIZ,

Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015,

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal compliance: limites revisitados da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro** in: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção**. Saraiva: 2015

SUTERLAND, Edwin. **Crime de Colarinho branco: versão sem cortes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015

_____. **White-Collar Criminality**. American Sociological Review. Indiana University. Volume 5. Number 1, 1940

TAVARES, Juarez. **A globalização e os problemas de segurança pública, in Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Org.: Stephen Holleinster. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2004

_____. **As controvérsias em torno dos Crimes Omissivos**. Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996

VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

VILA, Ivó Coca. **¿Programas de Cumplimento Como Forma de Autorregulación Regulada?** In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013

WEDY, Gabriel Tedesco; WEDY, Miguel Tedesco. **O Direito Penal e a sociedade e risco**. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal: Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: JusPodvm, 2013

YACOBUCCI, Guilherm J. **La deslegitimación de la potestade penal. La crítica al poder sancionador del Estado**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999

ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. V.1. 8. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.