Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vlamir Costa Magalhães

O crime de lavagem de ativos no contexto do Direito Penal Econômico contemporâneo: *criminal compliance* e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito empresarial

Rio de Janeiro
2017

Vlamir Costa Magalhães

O crime de lavagem de ativos no contexto do Direito Penal Econômico contemporâneo: *criminal compliance* e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito empresarial

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro
2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M188 Magalhães, Vlamir Costa.

O crime de lavagem de ativos no contexto do Direito Penal Econômico Contemporâneo: criminal complicance e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito empresarial / Vlamir Costa Magalhães. - 2017.
421 f.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Instituições financeiras - Teses. 2. Direito penal econômico –Teses. 3.Direito e globalização – Teses. I. Japiassú, Carlos Edurado Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.35

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Vlamir Costa Magalhães

O crime de lavagem de ativos no contexto do Direito Penal Econômico contemporâneo: *criminal compliance* e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito empresarial

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 29 de junho de 2017.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Fábio Roberto D´Ávila

Pontifícia Universidade Católica – RS

_____

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2017

A Deus, o Senhor do meu caminho,
verdadeiro e único dono da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese de doutorado configura experiência inigualável na trajetória de todo aquele que ousa trilhar a árdua e prazerosa estrada acadêmica. Se, por um lado, este marco é enriquecedor sob o aspecto intelectual, noutra ponta, vão se acumulando débitos de gratidão, os quais, no meu caso, tentarei contabilizar a seguir.

Além do primeiro e mais importante agradecimento já dirigido a Deus, sou grato também à minha família e, em especial, à minha saudosa avó paterna, Dona Neiva, sem a qual meu precoce apreço pelos estudos seria insuficiente para superar os muitos obstáculos que tive de enfrentar. Ela será sempre meu exemplo de honradez e perseverança, verdadeiras bases de tudo mais que se pode aprender nessa vida.

Ainda que tente, jamais conseguirei expressar tudo que devo à minha amada Joanna, cuja pequena estatura física contrasta, por ironia do destino, com sua gigantesca figura humana. Com incrível capacidade de tolerar meus inúmeros defeitos, seu apoio incondicional tornou possível transformar um projeto que habitava o mundo das ideias em missão agora cumprida.

Aos meus filhos, Luíza e César, peço desculpas pelos dias e noites que tive de subtrair do nosso delicioso convívio para enclausuramento no escritório caseiro, carinhosamente apelidado de “sarcófago”. Meus pequenos sequer sabem ler ainda, mas, um dia, saberão que esta obra é para eles e por eles, assim como tudo o que faço, penso e sinto.

À querida tia Marise Rodrigues e à Professora Rozeli Campello, sou muito grato pela capricorniana revisão do texto.

Ao meu orientador e amigo, Professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú, agradeço pela paciência e liberdade de acesso a mim conferidas. Sua experiência e sabedoria fizeram meu percurso acadêmico ser mais leve e influenciaram intensamente minha forma de enxergar o Direito Penal. Ao Professor Artur de Brito Gueiros Souza, sou grato pelas críticas e conselhos derivados de seu vasto e invulgar conhecimento jurídico. Agradeço também ao amigo Flávio Oliveira Lucas, a quem não chamo de “Mestre” à toa. Talvez sem saber, ele atua como meu padrão idealizado – inalcançável, mas presente – na tentativa de me tornar um acadêmico, um magistrado e, acima de tudo, um ser humano melhor.

Registro também minha gratidão à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, instituição na qual tive a honra de ser o primeiro mestre da pioneira turma do Mestrado em Direito Penal e que, agora, novamente me recepciona para uma investigação acadêmica que não tem outra finalidade senão a de contribuir para a construção de um sistema criminal mais justo, equilibrado e eficaz. Não poderia deixar de tecer um agradecimento especial à Sra. Sônia Leitão, atenciosa funcionária (ora, aposentada) da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, por meio da qual cumprimento os demais servidores da UERJ.

Na pessoa do Professor Ulrich Sieber e de sua assistente, Sra. Sandra Marwik, agradeço ao *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law* pelo acolhimento em estadia de pesquisa na cidade alemã de Freiburg, tendo sido essa uma baliza fundamental no direcionamento do presente estudo.

Por fim, deixo o meu “muito obrigado” à equipe de servidores da 5ª Vara Federal de São João de Meriti/RJ, cuja incansável colaboração cotidiana me permitiu a saudável conjugação das atividades judicantes e acadêmicas.

> É legítimo sonhar que ele (Direito Penal), um dia, mais do que desestimular, com a ameaça da pena, a prática de ações danosas ao corpo social, irá despertar a consciência coletiva da defesa de valores fundamentais.
>
> *Antonio Evaristo de Moraes Filho*

> Os ideais que cultivamos, nossos maiores sonhos e esperanças mais ardentes podem não se realizar durante a nossa vida. Mas isto não é o principal. Saber que, em seu tempo, você cumpriu seu dever e viveu de acordo com as expectativas de seus companheiros é em si uma experiência compensadora e uma realização maravilhosa.
>
> *Nelson Mandela*

RESUMO

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O crime de lavagem de ativos no contexto do Direito Penal Econômico contemporâneo:** criminal compliance e o delineamento da responsabilidade penal no âmbito empresarial. 2017. 421 f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

A pesquisa analisa os efeitos dos fenômenos da governança corporativa, da autorregulação e dos programas de *compliance* sobre o delineamento da responsabilização por crime de lavagem de ativos cometido no âmbito empresarial e, mais especificamente, por meio dos serviços prestados por instituições financeiras. O estudo avalia a utilização do mercado financeiro regular para a ocultação de bens, direitos e valores oriundos da prática de infrações penais, bem como a repercussão desse fato no desenvolvimento do poderio econômico da macrodelinquência organizada. Com base nos deveres normativos de colaboração estabelecidos para a prevenção e a repressão delitivas, a investigação científica aborda os principais pontos de debate sobre a configuração da responsabilidade criminal individual no seio corporativo e propõe critérios para a solução de questões relativas à configuração do elemento anímico, à relevância da contribuição pessoal no contexto do concurso de pessoas e, por fim, à caracterização do crime de lavagem de ativos.

Palavras-Chave: Criminalidade econômica. Programas de cumprimento normativo. Ocultação do produto patrimonial de infração penal. Instituições Financeiras.

ABSTRACT

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **The crime of money laundering in the context of contemporary Economic Criminal Law:** criminal compliance and delineation of criminal responsibility in business sphere. 2017. 421 f. Thesis (Doctorate in Criminal Law). Law School. University of the State of Rio de Janeiro, 2017.

The research analyzes the effects of the phenomena of corporate governance, self-regulation and compliance programs on the design of accountability for money laundering crimes committed in the business sphere and, more specifically, through the services provided by financial institutions. The study evaluates the use of the regular financial market for the concealment of assets, rights and values derived from the practice of criminal infractions, as well as the repercussion of this fact in the development of the economic power of the organized macrodelinquency. Based on normative collaborative duties established for delinquent prevention and repression, the scientific research addresses the main points of debate about the configuration of individual criminal responsibility in the corporate context and proposes criteria for solving issues relating to the configuration of the psychic element, the relevance of personal contribution in the case of multiple criminal agents and, finally, the characterization of money laundering crime.

Keywords: Economic crime. Compliance programs. Concealment of the patrimonial product of criminal infraction. Financial Institutions.

RÉSUMÉ

MAGALHÃES, Costa Vlamir. **Le crime de blanchiment d'argent dans le cadre du Droit Pénal Économique contemporaine:** conformité pénale et délimitation de la responsabilité pénale dans le secteur des entreprises. 2017. 421 f. Thèse (Doctorat en Droit Pénal). Faculté de Droit. Université D'État de Rio de Janeiro, 2017.

La recherche analyse les effets des phénomènes de gouvernance d'entreprise, l'autorégulation et les programmes de conformité sur la délimitation de la responsabilité pour le crime de blanchiment d'argent commis dans le secteur des affaires et, plus précisément, au moin de services offerts par les institutions financières. L'étude évalue l'utilisation du marché financier régulier pour la dissimulation des actifs, des droits et des valeurs découlant de la pratique des infractions pénales, ainsi que l'impact de ce fait dans le développement de la puissance économique de la criminalité organisée. Sur la base des obligations réglementaires de collaboration établies afin de la prévention et les poursuites pénales, la recherche scientifique abordera les principaux points de débat sur la forme de la responsabilité pénale individuelle au sein de l'entreprise et propose des critères pour la solution des problèmes liés à la configuration de l'élément intentionnel, l´importance de la contribution personnelle dans le cadre du concours des personnes et, enfin, de la configuration du crime de blanchiment d'argent.

Mots-clés: Criminalité économique. Programmes de conformité réglementaire. Dissimulation des actifs dérivés de l'infraction pénale. Institutions Financières

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AED	Análise Econômica do Direito
ALI	*American Law Institute*
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AIDP	Associação Internacional de Direito Penal
APG	*Asia-Pacific Group on Money Laundering*
BACEN	Banco Central do Brasil
BCCI	*Bank of Credit and Commerce International*
CEO	*Chief Executive Officer*
CECO	*Chief of Ethics and Compliance Officer*
CFATF	*Caribbean Financial Action Task Force*
CFO	*Chief Financial Officer*
CICAD	Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CSM	*Compliance Management System*
COSO	*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*
CC	Código Civil (Lei n. 10.406/2002)
CP	Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DEA	*Drug Enforcement Administration*
EAG	*Eurasian Group*
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupão e à Lavagem de Dinheiro
EPA	*United States Environmental Protection Agency*
ESAAMLG	*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group*
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
FINCEN	*Financial Crimes Enforcement Network*

FSRB *FATF*	*Style Regional Bodies*
GABAC	*Group on Anti-Money Laundering in Central Africa*
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
GAFILAT	*Financial Action Task Force of Latin America*
GAFISUD	Grupo de Ação Financeira Internacional para a América do Sul
GIABA	*Intergovernamental Task Force against Money Laundering in West Africa*
ICIJ	*International Consortium of Investigative Journalists*
ISO	*International Organization for Stardadization*
KYC	*Know Your Customer / Know Your Client*
MENAFATF	*Middle East and North Africa Financial Action Task Force*
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MONEYVAL	*Council of Europe Select Commitee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures*
NAFTA	*North American Free Trade Agreement*
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
SOA	*Sarbanes Oxley Act*
SWIFIT	*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*
SEC	*Securities and Exchange Commission*
SEPBLAC	*Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*
SISCOAF	Sistema de Controle de Atividades Financeiras
StGB	Código Penal alemão
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TRACFIN	*Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*
UIF	Unidade de Inteligência Financeira

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	18
1	**A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL: ENTRE APROXIMAÇÕES E CONFLITOS**.....	23
1.1	**O conceito de sociedade de risco**.....	27
1.2	**O conceito de globalização**.....	29
1.2.1	Os efeitos da globalização	33
1.2.1.1	O globalismo e a globalidade	34
1.2.1.2	O confronto entre a “mcdonaldização” do Direito (Penal) e o isolacionismo: a busca do ponto de equilíbrio.....	38
1.3	**A criminalidade e a política criminal da sociedade contemporânea (global)**.....	40
2	**O DIREITO PENAL ECONÔMICO E SEUS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELEVANTES**.....	53
2.1	**O conceito de Direito Penal Econômico: um breve histórico**.....	53
2.2	**A questão terminológica**.....	60
2.3	**O perfil da criminalidade econômica**.....	63
2.3.1	O dinamismo mimético.....	63
2.3.2	A sofisticação logístico-organizacional.....	64
2.3.3	A massividade dos efeitos nocivos.....	65
2.4	**Os aspectos criminológicos relevantes do Direito Penal Econômico**.....	67
2.4.1	A teoria da aprendizagem social.....	70
2.4.2	A criminalidade do colarinho branco.....	74
2.4.2.1	As principais características da criminalidade do colarinho branco.....	76
2.4.2.1.1	A intangibilidade dos comportamentos delituosos.....	77

2.4.2.1.2 A substituição da violência pela tecnologia..... 78
2.4.2.1.3 A dispersão da vitimização e da ofensividade: consequências..... 79
2.4.2.1.4 A dificultosa individualização da responsabilidade no contexto da organização corporativa moderna..... 80
2.4.2.1.5 A imagem benévola do criminoso do colarinho branco..... 81
2.4.2.1.6 O déficit punitivo: das cifras negras às cifras douradas..... 84

2.4.3 A teoria da neutralização..... 86
2.4.4 A Análise Econômica do Direito: o movimento *Law & Economics*..... 88

2.4.4.1 A teoria da escolha racional..... 89
2.4.5 A teoria da prevenção situacional..... 94
2.4.5.1 A importância da cultura corporativa e sua influência na criminalidade individual..... 96
2.4.5.2 A teoria dos desvios cognitivos (*sesgos cognitivos* ou *cognitive biases*)..... 98
3 **O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS**..... 106
3.1 **Apontamentos preliminares**..... 106
3.2 **A teoria do bem jurídico e o crime de lavagem de ativos**..... 112
3.2.1 O questionamento da lesividade da lavagem de ativos..... 117
3.2.2 O bem jurídico tutelado pelo tipo penal de lavagem de ativos: correntes teóricas e tomada de posição..... 120

3.3 **Os fundamentos da autonomia típica**..... 125
3.3.1 O impedimento da compensação criminosa..... 125
3.3.2 O reforço ao confisco do produto criminoso..... 127
3.3.3 A identificação dos comandantes de organizações criminosas..... 128
3.3.4 O isolamento financeiro do criminoso..... 129
3.4 **A questão terminológica**..... 131

3.5 **A evolução histórica: da artesanal ocultação de patrimônio de origem ilegal à profissionalização da lavagem de ativos**..... 134
3.6 **A estrutura normativa internacional de combate à lavagem de ativos**..... 137
3.7 **A estrutura institucional internacional de combate à lavagem de ativos**..... 143
3.7.1 O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)..... 143
3.7.1.1 O questionamento da legitimidade do GAFI..... 146
3.7.1.2 A questão dos paraísos fiscais..... 148
3.7.1.2.1 O caso da Suíça..... 153
3.7.2 O Grupo de Egmont e as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs)..... 157
3.8 **A estrutura institucional brasileira de combate à lavagem de ativos**..... 159
3.9 **As fases do processo de lavagem: *iter criminis* peculiar?**..... 161
3.10 **O caráter parasitário da lavagem de ativos**..... 164
3.10.1 As gerações de leis sobre lavagem (segundo o crime antecedente)..... 164
3.10.2 A questão da punibilidade da lavagem de bagatela..... 166
3.11 **A avaliação do GAFI sobre o sistema brasileiro antilavagem: pontos destacados**..... 169
4 **DA GOVERNANÇA CORPORATIVA AOS *COMPLIANCE PROGRAMS***..... 172
4.1 **A governança global e a governança corporativa**..... 172
4.2 **A evolução histórica**..... 174
4.3 **O (res)surgimento da preocupação em torno do *corporate power***..... 176
4.3.1 O caso Enron..... 177
4.3.2 O caso WorldCom..... 179
4.4 **As estratégias de governança corporativa**..... 180
4.4.1 A diligência devida (*due diligence)*..... 181

4.4.2 A responsabilidade social corporativa (*corporate social responsibility*)..... 182
4.4.3 A autorregulação..... 184
4.4.3.1 A classificação da regulação normativa quanto ao grau de liberdade-sujeição..... 185
4.4.3.2 O fenômeno da autorregulação regulada e sua implicação no sistema brasileiro antilavagem..... 187
4.4.4 Os programas de cumprimento normativo (*compliance programs*)..... 191
4.4.4.1 A questão terminológica..... 194
4.4.4.2 A evolução dos programas de cumprimento normativo..... 195
4.4.4.3 As diretrizes de sentenciamento criminal para pessoas jurídicas: *Federal Sentencing Guidelines for Organizations Act*..... 199
4.4.4.4 A legislação de controle do mercado financeiro: *Sarbanes Oxley Act*..... 202
4.4.4.5 Os programas de fachada (*cosmetic compliance*): possíveis soluções..... 203
4.4.4.5.1 A auditoria externa e a certificação do programa de cumprimento normativo..... 205
4.4.4.5.2 Os canais de denúncia anônima: *whistleblowing*..... 208
5 **AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS**..... 217
5.1 **As instituições financeiras e o sistema financeiro nacional: conceitos**..... 222
5.2 **Os deveres de colaboração antilavagem: fundamentação e legitimidade**..... 223
5.3 **As objeções aos deveres de colaboração antilavagem**..... 227
5.3.1 O caso Wachovia..... 232
5.3.2 O caso BCCI..... 234
5.3.2 O caso HSBC..... 236
5.4 **Em que consiste o cumprimento normativo antilavagem para**

instituições financeiras?..... 238
5.4.1 O dever de comunicação de operações suspeitas..... 243
5.5 **As consequências do descumprimento dos deveres de colaboração antilavagem: os sistemas de tratamento da questão**..... 245
5.6 **O descumprimento dos deveres de colaboração antilavagem e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**..... 249
5.6.1 A situação das instituições financeiras..... 263
5.6.1.1 O direcionamento político-criminal do combate à lavagem de ativos: entre a responsabilização penal individual e institucional..... 265
5.6.2 O papel dos membros de instituições financeiras e possíveis consequências penais: o delineamento da omissão punível..... 275
5.6.2.1 A situação dos dirigentes de instituições financeiras..... 278
5.6.2.2 A questão da administração colegiada em instituições financeiras: a imputação penal individual no âmbito do conselho de administração..... 291
5.6.2.3 A delegação de funções e sua repercussão sobre a posição de garante: requisitos..... 299
5.6.2.4 A situação do *compliance officer* (oficial ou diretor de cumprimento normativo) de instituições financeiras..... 301
5.6.2.5 A situação dos funcionários de instituições financeiras..... 306
5.6.3 As objeções quanto às posições de garantia em instituições financeiras: generalidade e imprecisão?..... 309
5.7 **A responsabilidade penal individual por lavagem de ativos no âmbito empresarial: a questão da imputação a título de autoria ou participação**..... 313
5.8 **O dever de abstenção da realização da operação financeira suspeita atípica**..... 315
5.9 **O elemento anímico do crime de lavagem de ativos: pontos relevantes**..... 317
5.9.1 O critério de aferição do dolo: as concepções volitiva e cognitiva..... 318
5.9.2 A questão da (in)admissibilidade dolo eventual..... 323

5.9.3 A teoria da cegueira deliberada..... 326
5.9.3.1 A terminologia e o conteúdo..... 326
5.9.3.2 A fundamentação teórica e normativa..... 329
5.9.3.3 A aplicabilidade jurisprudencial: o aparente confronto entre os sistemas *common law* e *civil law*..... 330
6 **A IMPUTAÇÃO PENAL INDIVIDUAL NO ÂMBITO EMPRESARIAL: DELINEAMENTOS FUNDAMENTAIS QUANTO AO CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS**..... 338
6.1 **A teoria do domínio do fato e a criminalidade empresarial**..... 339
6.1.1 As noções gerais..... 340
6.1.2 A origem..... 341
6.1.3 O conteúdo..... 342
6.1.4 A teoria do domínio do fato e o ordenamento penal brasileiro..... 347
6.1.5 A figura do aparato organizado de poder e a criminalidade empresarial..... 348
6.1.5.1 O domínio da organização, a suposta posição do Supremo Tribunal Federal e a Ação Penal n. 470/2005: o que resta após o julgamento do caso Mensalão?..... 353
6.2 **A teoria da adequação social (e sua vertente da adequação profissional): apontamentos relevantes**..... 356
6.3 **A teoria da imputação objetiva e a criminalidade empresarial**..... 363
6.3.1 O risco proibido para agentes financeiros quanto ao crime de lavagem de ativos: a correlação entre os deveres antilavagem, o programa de criminal *compliance* e a responsabilidade penal individual no âmbito empresarial..... 366
CONCLUSÃO..... 371
REFERÊNCIAS..... 384

INTRODUÇÃO

O Direito é conformado para disciplinar a vida em sociedade, sendo uma porção inseparável desta. *Ubi societas ibi jus*, diz-se desde a Antiguidade. Sendo assim, o ordenamento jurídico assimila as peculiaridades de cada formato social e de cada época.

Portanto, a compreensão da sociedade para a qual as normas jurídicas e, em especial, as normas jurídico-penais são produzidas é providência essencial à concepção do próprio Direito. Sendo assim, mesmo em se tratando de pesquisa com fins essencialmente jurídico-penais, a abordagem é iniciada pela identificação das principais características do modelo societário vigente e pela análise de sua influência na configuração do Direito Penal contemporâneo.

Nesse aspecto, vivencia-se, na atualidade, a assim chamada globalização, processo multifacetário que logrou alterar as noções tradicionais de tempo e espaço, transformando o mundo no que vem sendo nominado, sociologicamente, de aldeia global, dada a intensificação da interação e interconexão entre indivíduos, povos e Estados, circunstância que têm gerado múltiplas consequências no campo jurídico.

O paradoxo inacabado dos tempos hodiernos envolve, na mesma dinâmica, os benefícios dos progressos tecnológicos usufruídos por povos do mundo inteiro e, noutro giro, uma nova era da criminalidade com a qual se defrontam os Estados e o Direito Penal. A delinquência do mundo globalizado é marcada pela organização estrutural, pela repercussão transnacional de seus efeitos maléficos e pelo abuso do crescente poderio econômico.

Na órbita virtualizada da internet e da sociedade de redes, a criminalidade violenta subsiste. Porém, em termos de lesividade social e lucratividade patrimonial, tem sido sobrepujada por infrações penais caracterizadas pela ousadia e pela inteligência. Assim, a partir de recintos privados de acesso restrito, um diminuto computador ou *smartphone* costumam configurar, de per si, ferramentas suficientes para a concretização de crimes geradores de vitimização difusa e de dificultosa punição.

No âmbito criminológico, como novos desdobramentos dos postulados da aprendizagem social e da criminalidade do colarinho branco, outros marcos surgidos mais recentemente, tais como a teoria da escolha racional, a teoria da prevenção situacional e a teoria dos desvios cognitivos, procuram explicar não somente as causas e o perfil da delinquência econômico-empresarial, mas também a influência de fatores crimógenos consubstanciados por formas viciadas de cultura corporativa e de gestão de ambientes profissionais.

Embora a ocultação do produto patrimonial de ilícitos penais não configure uma novidade propriamente dita, na presente conjuntura, essa conduta perdeu o caráter rudimentar e artesanal de outrora, sendo modernamente incrementada com o fim de propiciar a perpetuação e o fortalecimento das mais nocivas manifestações da macrodelinquência. Nesse contexto, emergiu, no final do século passado, a preocupação da comunidade internacional acerca do comportamento que se convencionou nominar de lavagem de ativos.

A grande atratividade exercida pelo crescente volume de recursos envolvidos em operações de lavagem de ativos tem conformado focos de ressurreição do adágio *pecunia non olet*, eis que os objetivos imediatos de determinados países, nominados eufemisticamente de paraísos fiscais, passaram a amparar uma postura leniente em relação à prestação de serviços financeiros em favor do mundo do crime. Paralelamente, a utilização de instituições financeiras no encobrimento de vultosos montantes de dinheiro sujo vem se tornando uma tendência constitutiva de um novo, especializado e extremamente lucrativo ramo do mercado delinquente.

Noutro giro, algumas noções estratégicas de gestão empresarial, tais como a governança corporativa, a autorregulação e os programas de *compliance*, têm provocado significativos reflexos no tocante ao controle de desvios de legalidade e responsabilidade penal no meio corporativo. É de se reconhecer que a *compliance culture* e os respectivos deveres empresariais de fiscalização da legalidade possuem repercussões no campo penal, cujo esclarecimento ainda se faz necessário.

Especificamente no tocante ao delito de lavagem de ativos praticado por meio de instituições financeiras, a relação entre o fenômeno *compliance* e a responsabilização penal individual no contexto corporativo constitui premente lacuna carecedora da atenção do meio acadêmico brasileiro. A demanda por critérios

razoáveis de imputação quanto à criminalidade econômico-empresarial tem se mostrado crescente à medida que se sucedem rumorosos episódios delitivos relacionados a essa temática, tais como o caso Mensalão (referente à Ação Penal n. 470/2005, julgada pelo Supremo Tribunal Federal) e os fatos apurados na assim chamada Operação Lava-Jato, que tanto tem despertado o interesse da sociedade brasileira, seja pela quantidade e gravidade do crimes que envolvem ocupantes dos mais altos escalões da República, seja pelos estratosféricos valores movimentados nas negociatas reveladas.

Como se verificará ao longo da exposição, a Operação Lava-Jato parece se aproximar, cada vez mais, da análise sobre o papel das instituições financeiras e seus agentes na circulação de tanto dinheiro de origem ilegal. Se se tratasse de uma novela televisiva, poder-se-ia afirmar que esse é o mote das cenas dos próximos capítulos. Tais aspectos ratificam a relevância e a atualidade do assunto eleito como objeto da presente investigação científica.

A síntese objetiva sobre a qual se assenta a pesquisa é disposta da seguinte forma: os efeitos dos programas de *compliance* sobre o delineamento da responsabilidade penal individual no que tange ao crime lavagem de ativos praticado por meio de instituições financeiras.

Quanto à metodologia de pesquisa, foram empregados o critério dialético, haja vista que, como fato social que é, o delito foi examinado à luz de aportes multidisciplinares (sociológicos, criminológicos e também dogmático-penais), e o critério dedutivo, eis que, a partir da figuração genérica da criminalidade econômica, buscou-se sistematizar os efeitos concretos e específicos relacionados ao crime de lavagem de ativos e sua imputação no contexto de instituições financeiras.

Outrossim, as providências de investigação envolveram: (1) a exposição e a análise dos principais aportes sociológicos e criminológicos ligados à criminalidade econômico-empresarial e sua inserção no contexto da sociedade contemporânea; (2) a apresentação e a análise da política criminal de prevenção e repressão à lavagem de ativos, abrangendo aspectos relacionados à origem e aos objetivos da tipificação penal desta conduta, bem como à fixação de deveres de colaboração antilavagem estabelecidos em face de instituições financeiras; (3) a exposição e análise dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários quanto aos principais pontos de debate em torno do crime de lavagem de ativos, particularmente, quanto

aos critérios de imputação penal e, por fim, (4) a demonstração do conteúdo dos conceitos básicos vinculados à noção de governança corporativa, entre eles, a autorregulação e os programas de *compliance*, bem como seus desdobramentos na seara penal.

Consideradas tais premissas, o percurso temático observado foi o seguinte:

No Capítulo 1, é apresentado o quadro circunstancial no qual tem se desenvolvido a sociedade contemporânea, especialmente no tocante à teorização sociológica sobre o conceito de sociedade mundial do risco e seu envolvimento com o processo de globalização, abrangendo os respectivos reflexos de tais noções sobre o universo jurídico e, em particular, sobre o Direito Penal.

No Capítulo 2, após breve análise dos conceitos e relações entre os ramos da Ciência Criminal (quais sejam: a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal), são expostos os principais apontamentos criminológicos relacionados ao Direito Penal Econômico, em especial, no que diz respeito à criminalidade do colarinho branco, à teoria da aprendizagem social, à teoria da escolha racional e à teoria da prevenção situacional.

No Capítulo 3, são expostas as discussões em torno da tipificação do crime de lavagem de ativos, abrangendo aspectos ligados à evolução normativa e institucional de seu enfrentamento, tanto no cenário internacional, quanto no âmbito doméstico, a fim de que se possa vislumbrar a inserção contextual do referido delito nas preocupações hodiernas do Direito Penal.

No Capítulo 4, discorre-se sobre o conceito de governança e seus desdobramentos sobre a seara corporativa, destacando-se, entre eles, a difusão dos *compliance programs* e sua repercussão sobre o Direito Penal Econômico Empresarial.

No Capítulo 5, são estabelecidos os conceitos de instituição financeira e de sistema financeiro nacional no campo jurídico-penal, bem como são detalhados os deveres de colaboração antilavagem aplicáveis nesse setor. Discorre-se também sobre a fundamentação e o conteúdo dessas obrigações em relação a dirigentes, oficiais de cumprimento normativo e demais funcionários de instituições financeiras, bem como são analisadas as possíveis implicações criminais quanto ao eventual descumprimento de tais tarefas. Nesse ponto, é tratada a questão da omissão

punível e o delineamento das respectivas posições de garantia estabelecidas no setor financeiro no tocante ao combate à lavagem de ativos.

No Capítulo 6, abordam-se as teorias fundamentais que, hodiernamente, procuram explicar ou refutar a imputação criminal individual no âmbito corporativo, entre as quais a teoria do dominío do fato (e sua vertente sobre aparatos organizados de poder), a teoria da adequação social (e sua vertente da adequação profissional) e, por fim, a teoria da imputação objetiva, mais especificamente quanto ao critério do risco proibido ou tolerado penalmente. Dessa forma, pretende-se delimitar parâmetros de imputação individual do crime de lavagem de ativos no âmbito empresarial, correlacionando os deveres normativos de colaboração antilavagem que recaem sobre instituições financeiras e seus membros com os aportes da *criminal compliance culture.*

Ao fim, são apresentadas as conclusões e proposições fundamentadas a partir dos dados e argumentos expostos ao longo do estudo.

1 A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL: ENTRE APROXIMAÇÕES E CONFLITOS

> A criminalidade macroeconômica, a seu turno, alimentada pelos mesmos objetivos de fluidez informacional, tem-se valido exatamente dessas estruturas tecnológicas virtuais para operar, revelando-se esse ambiente de expedito intercâmbio comunicacional terreno fértil à prática desses delitos. De fato, na era da "sociedade em rede", a criminalidade violenta vê-se substituída pela astúcia, pelo enleio, pelo ardil, pela fraude e pelo artifício; as ruas cedem espaço às infovias, fazendo do computador e da tecnologia instrumentos do crime, tal como o revólver o é.
>
> *Luciano Feldens*

Em que pese não haver propriamente uma substituição ou sucessão da criminalidade violenta pela criminalidade inteligente, uma vez que ambas coexistem na sociedade atual, não há como negar razão a Feldens quanto ao fato de que, em razão de seu massivo potencial lesivo, ou seja, sua capacidade de violação de direitos e interesses supraindividuais, a criminalidade econômica (ou de escritório) vem alcançando, no tocante à atração das preocupações hodiernas da comunidade acadêmica, se não o protagonismo, ao menos um certo equilíbrio, em comparação com a delinquência tradicional (ou das ruas).

No aludido estudo sobre crimes econômico-empresariais e, mais especificamente, sobre o delito de lavagem de ativos, Feldens[1] afirma que o século XXI traz consigo a marca da informação. Nesse contexto, as estruturas sociais emergentes organizam-se em redes, onde o poder dos fluxos de informação e recursos constitui o elemento central da nova economia surgida a partir dos anos 90.

[1] FELDENS, Luciano. Crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária como antecedentes de lavagem de dinheiro. *Anais do Seminário Internacional sobre cooperação judiciária e combate à lavagem de dinheiro.* Brasília: AJUFE, 2002, p. 144.

Tais redes são formadas por conjuntos de indivíduos e entidades interconectados, entre os quais a distância varia do zero, para os integrantes da rede, ao infinito, para agentes e pontos externos à mesma, consubstanciando, dessa maneira, o formato social contemporâneo que se convenciou nominar de sociedade em rede.[2]

A seu turno, Alberto Silva Franco[3] expressa a percepção de que o capitalismo neoliberal deve seu acelerado desenvolvimento ao impulso da autêntica revolução tecnológica assistida nos dias atuais, principalmente nas áreas da comunicação e da informatização. Prova disso é o estrondoso desenvolvimento da rede mundial de computadores, a assim chamada internet.[4]

O surgimento da internet se deu, a partir de 1962, com objetivos originalmente militares. Por ironia do destino, tal via de comunicação tão essencial e imprescindível à hodierna convivência em sociedade tem sido palco de um inusitado embate entre o progresso e a involução do ser humano. Basta lembrar que, de um lado, afloram iniciativas que proporcionam a melhoria do bem-estar e da qualidade de vida dos povos ao passo que, noutra face, sucedem-se os episódios de uso da citada ferramenta tecnológica para a prática de crimes de diversas espécies, entre eles, atos terroristas, fraudes, difusão de discursos discriminatórios e, com igual vigor, lavagem de ativos.

De fato, a interface dos terminais de computadores e de aparatos portáteis progressivamente minimizados pela nanotecnologia joga por terra, em fração de

---

[2] Do ilustrativo dizer de Castells, extrai-se exemplo concreto do conceito de sociedade em rede: "Em todo mundo, a lavagem de dinheiro de negócios criminosos diversos flui para esta mãe de toda a acumulação que é a rede financeira global." CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* V. I. 8. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 569.

[3] A impressão do referido autor foi manifestada nos seguintes termos: "Há bem mais de um século, é conhecida a frase de Karl Marx: 'deem-me um moinho de vento e eu lhes dou a Idade Média'. Parafraseando-o, poderíamos acrescer: 'Deem-me a máquina a vapor e eu lhes dou a era industrial´. Ou aplicando a paráfrase à época contemporânea: 'deem-me o computador e eu lhes dou a globalização'." FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 103. São Paulo: RT, julho/2013, p. 134.

[4] A iniciativa partiu de pesquisas de universidades norte-americanas e a ideia era estabelecer uma grande rede de computadores interligados (inicialmente nominada de ARPANET), o que acabou ocorrendo, em 1962, durante a Guerra Fria, com a intenção de proteger as comunicações entre militares durante um eventual ataque nuclear. ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal.* São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 26.

segundo, a vetusta distinção entre aqui e lá.[5] Ilustram esta assertiva a difusão do sistema SWIFIT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) [6] e o desenvolvimento do *cyber laundering.*[7]

A Sociedade para Telecomunicação Financeira Interbancária Mundial é uma espécie de cooperativa internacional, com sede na cidade belga de Bruxelas, que desenvolveu e administra, desde 1973, o sistema de comunicação bancária mais conhecido mundialmente, sendo utilizado por mais de sete mil instituições em 196 países. Apenas no ano de 2001, o sistema SWIFIT registrou mais de 500 milhões de operações eletrônicas, com uma média de seis milhões de mensagens diárias.[8]

Já o *cyber laundering* corresponde à dissimulação de recursos de origem criminosa por meio de transações financeiras eletrônicas instantâneas, realizadas mediante uso da internet e de sistemas de comunicação bancária, como o citado sistema SWIFIT, vias amplamente acessíveis nos dias atuais.

A princípio, tudo leva a crer que é aplicável a essa realidade o conceito de economia-mundo, que se baseia na premissa de primazia da economia sobre outros

---

[5] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 25.

[6] Há outros exemplos de sistemas informatizados nos moldes do SWIFIT, tais como o *Fedwire* e o CHIPS. O primeiro é operado pelo *Federal Reserve Bank* e figura como principal sistema eletrônico doméstico de transferência de fundos, com volume diário de movimentação na ordem de 2,7 trilhões de dólares que circulam por cerca 10 mil instituições financeiras dos EUA. A seu turno, o *Clearing House Interbank Payment System* (CHIPS) movimenta aproximadamente 1 trilhão e meio de dólares por dia, entre 52 bancos distribuídos por 23 países. Cf. SULLIVAN, Kevin. *Anti-Money Laundering in a nutshell:* awareness and compliance for financial personnel and business managers. New York: Apress, 2015, p. 20.

[7] Sobre o conceito de *cyber laundering,* assim discorre a doutrina estrangeira: “The money launderer can control transactions from this PC. He can transfer money virtually instantaneously and thereby build up an extensive audit trail in a short space of time. The transfers can be made trough many jurisdictions making a harder for prosecutors from one jurisdiction to follow the audit trail.” PHILIPPSOHN, Steve. The dangers of new technology – Laundering on the internet. *Journal of Money Laundering Control.* V. 5, n. 2. London: Henry Stewart Publications, 2001, p. 87. Em tradução livre: "O lavador de dinheiro pode controlar transações deste PC. Ele pode transferir dinheiro praticamente instantaneamente e, assim, construir uma pista de auditoria extensa em um curto espaço de tempo. As transferências podem ser feitas através de muitas jurisdições, tornando mais difícil para os promotores de uma jurisdição seguir a trilha de auditoria."

[8] SÁNCHEZ ULLED, Emilio Jesús. Blanqueo de capitales em el sector bancario y corrupción. Aspectos prácticos. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Org.). *Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción em Europa.* V. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 322.

ramos do conhecimento humano, como se, por exemplo, a história e a geografia não fossem mais do que uma sucessão de sistemas econômicos universalizados que "transcenderiam a localidade, a província, o feudo, a cidade, a nação e a nacionalidade, criando e recriando fronteiras, assim como fragmentando-as ou dissolvendo-as.".[9]

Iniciado após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o processo de internacionalização do capital e do sistema financeiro foi, significativamente, incrementado após o fim da Guerra Fria (1946-1989), com a dissolução do bloco soviético e as profundas mudanças político-econômicas daí decorrentes. Essa nova ordem econômica reconfigurou o mapa mundial num contexto em que os Estados se veem forçados a adaptar-se à maneira de funcionamento dos mercados, dos fluxos produtivos e das alianças corporativas.

Frise-se que as corporações multinacionais, entre as quais as instituições financeiras de modo geral, têm desenvolvido seus pactos sobre a movimentação de divisas que se encontram sob sua gestão, interagindo intensamente por meio de seus sistemas informatizados cada vez mais sofisticados e maciçamente imunes à ciência e ao controle de governos locais. Movida pelo interesse de clientes tão abastados, quanto envolvidos em práticas criminosas, bem como pela extrema competitividade do mercado financeiro, emerge a face negativa do vigente modelo econômico que vem sendo chamado de capitalismo de laços[10], no seio do qual organizações criminosas, sobretudo as que carregam a marca da transnacionalidade, encontraram um ambiente perfeito para cometimento de delitos rentáveis e encobrimento de seu produto financeiro.

Tornou-se hábito entre os estudiosos o reconhecimento de que o aprofundamento da interconexão entre os povos transformou o planeta numa espécie de aldeia global (*villaggio globale)*[11], onde surgiram condições tais que

---

[9] IANNI, Octavio. *Teorias da globalização.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 27.

[10] O capitalismo de laços seria um modelo econômico assentado no uso de relações pessoais e institucionais para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Um emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos. Cf. LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços.* Elsevier: Rio de Janeiro, 2011, p. 04.

[11] CASTALDO, Andrea R.; NADDEO, Marco. *Il denaro sporco:* prevenzione e represione nella lotta al riciclaggio. Milano: CEDAM, 2010, p. 29.

propiciaram a emergência de um modelo social no qual conceitos tradicionalmente arraigados nos campos da sociologia, da economia, da política e também do Direito vêm sendo, rápida e radicalmente, reconstruídos.

A ideia figurada de aldeia global sugere interatividade integral e em tempo real, num ambiente em que todos estão *online, everywhere, worldwide* e *full time*, sendo similar a outras expressões compiladas do universo sociológico, tais como: comunidade global, mundo sem fronteiras, *shopping center* global, disneylância universal, entre outras.[12]

Nessas circunstâncias, as noções de soberania, território, Estado nacional (inclusive: mercado e sistema financeiro) são desconstruídas com a mesma velocidade com que megaempresários e gigantescos conglomerados corporativos multinacionais retomam o papel central que outrora tiveram no contexto mundial, sobretudo diante do controle que exercem acerca de aspectos materiais essenciais ao equilíbrio dos Estados (ex.: ingresso de recursos tributários, circulação de capitais, níveis de empregabilidade, entre outros fatores).

1.1 O conceito de sociedade de risco

Ao conjunto de circunstâncias exposto anteriormente, está ligada a sociedade mundial de risco, diagnosticada, em seus aspectos mais conhecidos e comentados no âmbito penal, por Ulrich Beck.[13] Segundo tal visão, na sociedade contemporânea, os perigos globais desautorizam convicções acerca de segurança e a própria tentativa de prevenção em relação a eventos danosos (ex.: fraudes no mercado de ações, ilícitos ambientais etc.), haja vista que as condutas lesivas havidas em determinados campos já não respeitam fronteiras – e, por conta dessa perspectiva, são também globalizadas –, pouco podendo ser feito para evitar danos maiores.

---

[12] IANNI, Octavio. *Teorias da globalização…* op. cit., p. 16.

[13] BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83.

Não é propriamente a existência de riscos que caracteriza a atualidade, mas a nova dimensão de tais perigos e a forma com que a sociedade reage a essa nova realidade. Os riscos do passado caracterizavam-se pela pessoalidade, regionalidade, concretude e facilidade de medição ou previsão. Os riscos do presente caracterizam-se pela sua extensão e obscuridade do estabelecimento de sua causalidade.[14]

Na Idade Média, não havia propriamente um conceito de risco. A ideia parece ter começado a se esboçar apenas a partir dos séculos XVI e XVII, sendo originalmente empregada para designar a atividade de exploradores ocidentais que partiram para viagens marítimas mundo afora. Destarte, a palavra *"risk"* foi introduzida no idioma inglês para referência à partida rumo a águas não cartografadas, sendo derivada da palavra risco, que já era concebida em Portugal e Espanha, países precursores das grandes navegações. Posteriormente, o termo passou a expressar uma ampla gama de incertezas, na forma em que é compreendido na atualidade.[15]

Portanto, a palavra risco não constitui um neologismo típico da modernidade. Entretanto, partindo da conotação de aventura e ousadia, o termo alcançou o significado de ameaça à subsistência da vida humana e a direitos fundamentais da coletividade. No exemplo de Beck[16], Colombo saiu em busca de terras novas e assumiu riscos, que, no entanto, eram pessoais e não situações de ameaça global, tais como as que surgem para milhares de pessoas, por exemplo, com o acúmulo de lixo nuclear ou com as fraudes em mercados financeiros. Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, fundamentalmente, por conta da sujeição involuntária de um número massivo de vítimas potenciais.

---

[14] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.* São Paulo: RT, 2007, p. 33.

[15] GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 37.

[16] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25/26.

Hodiernamente, a produção e a circulação de riquezas são acompanhadas por perigos aos quais a coletividade está sujeita.[17] Por conseguinte, os antigos problemas de distribuição e escassez são hoje substituídos por riscos advindos do avanço da ciência e da tecnologia. O formato (global) do planeta Terra deixou de ser apenas uma figura astronômica para representar o espaço no qual, mesmo com distinções e antagonismos locais, todos os seres viventes se encontram, de alguma forma, relacionados e atrelados. Tal descoberta ainda hoje surpreende, encanta e atemoriza.[18]

1.2 O conceito de globalização

Segundo Luis Gracia Martín[19], a palavra globalização é, talvez, o *slogan* pior empregado, mais indefinido e menos compreendido dos últimos anos. Em verdade, trata-se de um complexo processo evolutivo, dinâmico, multidimensional e ainda não concluído. Fato é que poucos termos cursaram uma trajetória tão rápida e avassaladora na história da humanidade.

A expressão globalização refere-se, originalmente, à crescente interligação dos mercados nacionais por meio da intensificação da circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, induzida por diversos fatores, tais como a redução ou aniquilação de barreiras tarifárias e imigratórias, bem como o desenvolvimento de

[17] Sobre o assunto, é interessante a apreciação externada por ZIZEK: "´sociedade de risco´ é uma espécie de nome equivocado. Não existem escolhas. E, quando há riscos, são riscos passivos. Para mim, esse é o paradoxo fundamental da sociedade de risco. Por exemplo, consideremos o colapso recente da Enron e da Worldcom. É injusto caracterizar esses acontecimentos apenas em termos de uma sociedade de risco, porque os empregados pobres que perderam seus empregos não se dispuseram a correr risco nenhum." ZIZEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível.* Conversas com Zizek. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135.

[18] IANNI, Octavio. *Teorias da globalização...* op. cit., p. 13.

[19] GRACIA MARTÍN, Luis. El derecho penal ante la globalización económica. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 65.

mecanismos que viabilizaram a troca de dados em tempo real, mesmo entre pontos distantes.[20]

A modernidade referia-se à forma de organização social que emergiu na Europa a partir do século XVII. Atualmente, ter-se-ia um novo tempo no qual as ciências sociais são demandas a discutir questões relativas a um sistema comunitário não mais baseado na manufatura de bens materiais, mas sim centralizado nos fluxos de informação e na tecnologia. Sociologicamente, afirma-se que o mundo se encontra hoje na era pós-moderna ou pós-industrial, na qual emerge a sociedade de risco, global, globalizante ou globalizada.[21]

A tendência de estreitamento da integração supranacional que caracteriza a sociedade contemporânea foi iniciada a partir do fim da Guerra Fria, que perdurou do fim da 2ª Guerra Mundial, em 1945, até, aproximamente, a queda do Muro de Berlim, em 1989[22], bem como a extinção da União Soviética, em 1991.

Embora dotado de conotação originalmente econômica, tal processo de integração alcançou brutal repercussão nos campos político – em particular, pela formação de blocos regionais de livre comércio, como MERCOSUL, NAFTA e Comunidade Europeia de Nações – e jurídico – por meio da proliferação de tratados internacionais sobre matérias de interesse global, como a proteção ao meio ambiente e o combate à criminalidade transnacional –, diferindo, em acuidade, de outros surtos de integração havidos em momentos históricos anteriores, como, por exemplo, a expansão ultramarina dos países ibéricos e o crescimento das rotas de comércio das cidades italianas na Idade Média.

---

[20] Para Anthony Giddens, pode-se sintetizar a ideia da seguinte forma: "A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa." GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 76.

[21] Consideradas expressões sinônimas em: FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.* Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 34.

[22] Este é o marco temporal pontuado por Mireille Delmas-Marty, que acrescenta sua crítica ao quadro de proliferação normativa sem precedentes desencadeado a partir de então, dada a incidência do princípio da supremacia dos tratados sobre a lei interna. Fato é que, de forma geral, longe de exprimir a emergência de uma verdadeira ordem jurídica mundial, a globalização tornou-se símbolo de desordem normativa.Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito:* do Código penal aos direitos humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005, p. XVI.

Logo, não se pode dizer que a globalização é um fenômeno realmente novo, eis que há precedentes em termos de difusão de costumes e culturas. Como ensinam Diogo Figueiredo Moreira Neto e Paulo Rabello de Castro[23]: "A globalização já foi cultural, pelo poder do exemplo, como se deu no mundo helênico; foi política, pelo poder da espada, como no mundo romano; foi econômica, pelo poder das riquezas, como no mundo ibérico dos descobrimentos, e religiosa, pelo poder da fé, como no mundo cristão.".

Nessa perspectiva, a globalização é somente a mais recente edição de um processo que se repete, continuamente, nos últimos séculos, consistindo na disseminação de novas técnicas ligadas a transportes, comunicações e informação. O diferencial dessa vez seja, talvez, o fato de que a possibilidade de um povo se desenvolver com pouca ou nenhuma contribuição do mundo exterior tornou-se altamente improvável.[24] Nessa premissa, fundamenta-se a noção de soberania inclusiva.[25]

Para Giddens, o mundo está, na verdade, entrando num período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes.[26] Fato é que os acontecimentos experimentados a partir do fim do último milênio ultrapassam as experiências anteriores em amplitude e diversificação, mas também pelo inédito e irrefreável avanço tecnológico dos meios de comunicação. Essa é a principal circunstância indicadora de que a globalização é um processo irreversível, ou seja, veio para ficar.[27]

---

[23] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Estado do Futuro.* São Paulo: Pioneira, 1998, p. 52.

[24] FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política:* dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Tradução de Nivaldo Montingelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 516.

[25] Diante do vazio (ineficácia e insegurança) de normas nacionais diante de novas e crescentes formas de criminalidade internacional que utilizam o potencial tecnológico global, a nova concepção de soberania inclusiva significa que a aparente renúncia aos direitos de supremacia dos interesses nacionais teria como contrapartida o reforço do poder estatal mediante união de forças cooperação transnacional em diversos âmbitos, tais como liberdades públicas, direitos de trabalhadores, arrecadação tributária etc. Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização?...* op. cit., p. 236/237.

[26] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...* op. cit.*,* p. 13.

[27] Segundo Beck, as causas da irreversibilidade citada podem ser sintetizadas a partir dos seguintes fatores: "(1) a ampliação geográfica e crescente interação do comércio internacional, conexão global dos mercados financeiros e o crescimento do poder das companhias transnacionais; (2) a ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; (3) a exigência, universalmente imposta, por direitos humanos – ou seja, o princípio (do discurso) democrático; (4) as correntes

Em suma, globalização significa financeirização da economia[28], isto é, o processo a partir do qual os detentores do capital buscam, em diferentes mercados financeiros, uma rentabilidade alta e imediata. As regras de mercado (*lex mercatoria*) tem como norte a lucratividade e essa tendência reordena o marco empresarial no sentido de fomentar a concentração de capital (meramente especulativo e cada vez mais afastado de atividades produtivas), a competitividade desmedida e a inobservância de obrigações legais, sobretudo em matéria de controle e transparência, contribuindo, assim, para pulverizar formas razoáveis, produtivas, socialmente úteis ou ambientalmente sustentáveis de gestão empresarial.

Nessas novas circunstâncias econômicas, políticas e sociais, o Direito assume um papel flutuante à mercê do mercado, a ponto de se poder falar em um novo princípio jurídico: "o do melhor interesse do mercado".[29] Nesse prisma, o ordenamento jurídico funcionaria como um instrumento para o crescimento econômico mediante o qual as normas que regulam as negociações financeiras e patrimoniais devem proporcionar a redução de custos e a maior agilidade possível das transações. Isto significa que, embora ainda tenham importante papel informativo e garantidor do controle de abusos, individualmente considerados, os países podem pouco diante da novel estrutura do mercado financeiro.

Os elementos fundamentais desse processo de financeirização da economia globalizada contemporânea podem ser elencados da seguinte maneira[30]:

---

icônicas da indústria cultural global; (5) a política mundial pós-internacional e policêntrica – em poder e número – fazem par aos governos uma quantidade cada vez maior de atores transnacionais (companhias, organizações não governamentais, uniões nacionais); (6) a questão da pobreza mundial; (7) a destruição ambiental mundial e (8) os conflitos transculturais localizados". BECK, Ulrich. *O que é globalização?...* op. cit., p. 31.

[28] Sobre o tema, confira-se o dizer de Terradillos Basoco: "Los altos costes, no sólo económicos, sino políticos y humanos, de la delincuencia vinculada a la financiarización imponen a los poderes públicos la obligación de diseñar estratégias político-criminales que, lejos de quedarse en la superfície, afronten, en su raíz, factores criminógenos estructurales. Lo que no es sinónimo de ilimitada expansión punitiva, sino conciliación de las exigências del principio de prevención con el respeto a otros princípios como los de subsidiariedade y ultima ratio del Derecho penal." TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Financiarización económica y política criminal. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 147.

[29] ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

[30] SÁNCHEZ ULLED, Emilio Jesús. Blanqueo de capitales em el sector bancario y corrupción. Aspectos prácticos. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Org.). *Blanqueo de dinero y corrupción en el*

(1) a desregulação ou liberalização monetária e financeira;[31]

(2) a compartimentação de funções financeiras tradicionalmente atribuídas aos bancos (aparecimento de novas formas extrabancárias de aplicação de ativos);

(3) a desintermediação (acesso dos consumidores a serviços financeiros fora das redes tradicionais);

(4) a desmaterialização ou virtualização das operações (a circulação física de dinheiro restou relegada a transações de pouca monta ou relevância).

A internacionalização do sistema financeiro tem alterado, substancialmente, a natureza e os critérios determinantes da dinâmica econômica mundial. A conjugação entre a desregulamentação dos mercados financeiros, as inovações transacionais, a volatilidade e a livre mobilidade de capitais têm limitado a ação das políticas macroeconômicas domésticas no mesmo compasso em que afloram oportunidades para recorrentes crises financeiras internacionais.

1.2.1 Os efeitos da globalização

Há quem aponte que a desregulação e a transnacionalidade seriam as características do mercado globalizado.[32] Outros dizem que a característica mais

---

sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción em Europa. V. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 307.

[31] Após longo período de controle implementado a partir da Quebra da Bolsa de Nova Iorque (1929), a política de desregulação do sistema financeiro teria sido iniciada em janeiro de 1974, quando os EUA reduziram o monitoramento sobre a movimentação de capitais com o objetivo de atrair o vultoso volume de petrodólares que estavam sob o poder de países árabes. Com isso, inicia-se o processo de afrouxamento do setor financeiro, que veio a ser incrementado nos anos seguintes. Outros países desenvolvidos seguiram esta tendência na sanha de manter a competitividade de suas instituições financeiras, sendo, assim, progressivamente eliminadas tanto as cautelas quanto à entrada e saída de divisas, quanto o controle do câmbio e operações bursáteis. Cf. ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero em la normativa internacional:* especial referencia a los aspectos penales. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 49/50.

marcante do processo globalizador seria a progressiva irrelevância das fronteiras físicas entre os países.[33] Uma terceira corrente de pensamento aponta que a instabilidade e volatilidade[34] dos fluxos econômicos seriam os traços distintivos do citado fenômeno. A seu turno, Beck[35] resume os principais efeitos característicos da globalização em duas ideias básicas, quais sejam: o globalismo e a globalidade, cujos conceitos são descritos a seguir.

1.2.1.1 O globalismo e a globalidade

O globalismo expressa a concepção de que o mercado mundializado bane e substitui a ação política ao impor a ideologia do império do mercado e suas regras, a predominância da *lex mercatoria*, típica do neoliberalismo. Assim, a tendência seria a progressiva adaptação das legislações nacionais às necessidades mercadológicas, como, por exemplo, a revogação de entraves à livre circulação de mercadorias e capitais.

Já a globalidade remete à noção de sociedade mundial, no sentido de se considerar utópica e praticamente inviável a possibilidade de existência de espaços isolados. Nessa perspectiva, é fictícia a cogitação da existência de um país

---

[32] TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Financiarización económica y política criminal...* op. cit., p. 133.

[33] GRACIA MARTÍN, Luis. El derecho penal ante la globalización económica... op. cit., p. 65.

[34] Nesse sentido, discorre Francis Fukuyama: "O capitalismo global não descobriu como impedir o alto nível de volatilidade, em particular no setor financeiro. O crescimento econômico global sofreu crises financeira periódicas que atingiram a Europa no início dos anos 1990, a Ásia em 1997 e 1998, a Rússia e o Brasil em 1998 e 1999 e a Argentina em 2001. Essa instabilidade culminou, talvez com justiça poética, na grande crise que atingiu os Estados Unidos, lar do capitalismo global, em 2008-2009. Os mercados livres são necessários para promover o crescimento de longo prazo, mas não se autorregulam, particularmente quando se trata de bancos e outras grandes instituições financeiras. A instabilidade do sistema é um reflexo daquilo que é, em última análise, um fracasso político, isto é, a incapacidade de proporcionar uma supervisão regulatória suficiente nos níveis nacional e internacional [...] está claro que a tarefa política de encontrar os mecanismos regulatórios corretos para controlar a volatilidade do capitalismo ainda não está terminada." FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política...* op. cit., p. 20/21.

[35] BECK, Ulrich. *O que é globalização?...* op. cit., p. 27.

absolutamente independente, ou seja, que consiga subsistir sem a imprescindível interconexão harmônica com outros Estados.

O reflexo do processo globalizador que traz maior dificuldade para as autoridades estatais é, provavelmente, a contenção da volatilidade do mercado financeiro, isto é, a evitação do desequilíbrio derivado da alta capacidade de transferência e dispersão de valores, atributo que potencializa a contaminação sistêmica de vulnerabilidades[36]. Numa conjuntura na qual o dinheiro não tem domicílio ou paradeiro fixo, nem mesmo uma origem sequer conhecida, os fluxos financeiros estão praticamente fora do controle dos governos locais, o que aumenta, consideravelmente, a importância do papel das instituições financeiras, que atuam como intermediárias na movimentação de recursos.

Em um mercado demasiadamente liberalizado e integrado, ampliam-se exponencialmente as possibilidades para incursões especulativas e operações exóticas embasadas por motivações de duvidosa licitude. A ação descontrolada dos *global players* faz com que o mercado financeiro como um todo converta-se numa espécie de grande cassino global.[37]

Nesse aspecto, o mais recente colapso financeiro internacional, desencadeado, no ano de 2008, a partir do mercado hipotecário norte-americano e chamado de crise dos *subprimes,* deixou lições acerca de, pelo menos, dois pontos específicos:

(1) a imperatividade da valorização da ação regulamentadora e fiscalizadora do Estado como medida fundamental para prevenir momentos críticos;

(2) a necessidade de maior coordenação entre as diferentes políticas nacionais de modo a coibir a liberdade absoluta de mobilidade desfrutada por especuladores e criminosos.

---

[36] SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico.* Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 29.

[37] FERRARI FILHO, Fernando; PAULA, Luiz Fernando de. A crise das finanças desregulamentadas: o que fazer? *Revista de Economia Política.* V. 29. N. 1. São Paulo: janeiro-março/2009, p. 142/144. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572009000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 12maio.2015.

Em mais esse colapso sistêmico da economia, restaram patentes a ineficiência da autorregulação pura (exercida isoladamente pelos próprios agentes econômicos regulados) e, por conseguinte, a importância de uma equilibrada intervenção da mão visível do Estado para asseguramento da estabilidade e funcionalidade do mercado financeiro, bem como para cumprimento dos princípios traçados na ordem econômico-constitucional.

Sobre as características da referida crise econômica mundial, é interessante trazer à baila a observação de Andrea Fumagalli[38]:

> O que está de fato em crise é a tentativa de regulação social e de distribuição que foi dada implicitamente pelo novo paradigma do capitalismo cognitivo. Mais precisamente, seria melhor falar de "não regulação", uma vez que a dinâmica do capitalismo cognitivo foi estabelecida no início dos anos 1990 não sob intervenções discricionárias e institucionais de política econômica, mas sobretudo sob a mão "muito visível" do mercado. Aquilo a que assistimos é, portanto, a crise de governança do mercado e suas hierarquias.

Historicamente, o exagero no distanciamento entre sistema financeiro e Poder Público conduz a desvios e abusos do poder econômico, sendo certo afirmar que uma parcela substancial da responsabilidade nesse recente cataclismo pode ser atribuída ao descontrole estatal sobre dois aspectos pontuais: os sistemas bancários paralelos (*shadow banking systems)* e a inidoneidade de determinadas agências de classificação de risco (*rating agencies*).

O primeiro configura uma espécie de sistema financeiro extraoficial, que atua na sombra (*shadow*) ou lacuna do sistema regulamente constituído e seria composto por um leque de instituições e bancos de investimento independentes (*hedge funds*, fundos de pensão e seguradoras) que não se encontram submetidos ao monitoramento dos Bancos Centrais ou mesmo a acordos autorregulatórios. Acrescente-se a esse fator, o recente surgimento e a intensificação da utilização de moedas virtuais, como, por exemplo, o *bitcoin*[39]*,* ferramenta de circulação financeira

---

[38] FUMAGALLI, Andrea. Crise econômica global e governança econômico-social. In: FUMAGALLI, Andrea; MEZZADRA, Sandro (Orgs.). *A crise da economia global*: mercados financeiros, lutas sociais e novos cenários políticos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 77.

[39] Criado em 2009, o *bitcoin* foi a primeira moeda virtual conversível correspondente a um valor ajustado, via mercado digital, por intervenção de usuários que mantêm entre si um alto grau de anonimato. As unidades de *bitcoins* podem ser trocadas, compradas, armazenadas ou descontadas em dólares americanos, euros ou qualquer outra moeda, real ou virtual, sendo tais operações realizadas a partir de um simples programa de computador (*software*) livremente disponibilizado na rede mundial de computadores. Dessa forma, os usuários também podem obter endereços *bitcoin*, que funcionam como contas correntes ou carteiras *online* (*dark wallets*)*.* Os fluxos de fundos são identificados somente a partir do citado endereço *bitcoin* (compostos por uma determinada série de

absolutamente apartada de qualquer controle estatal, sendo, por conta disso, dotada de difícil ou inviável rastreamento.

Por sua vez, as agências de tarifamento de risco exercem a importante função de subsidiar, com suas avaliações, o planejamento dos investidores e dos Estados. No entanto, algumas das mais famosas instituições desse ramo foram flagradas em episódios fraudulentos ao prestarem auxílio a corporações que as contratavam para montagem de produtos financeiros e creditícios que lhes garantissem, ficticiamente, a melhor classificação possível, isto tendo parte substancial de seu faturamento advinda dos próprios investimentos e entes que classificavam (vide o item 4.3.1).[40]

Dessa maneira, tais entes colaboraram para a promoção do mito do purismo autorregulatório, o que se dá, como visto, em detrimento do interesse público e da esfera jurídica de milhares de pessoas. A previsão de especialistas na matéria segue em tom pessimista no tocante ao efetivo aprendizado adquirido após sucessivos prejuízos derivados de eventos caóticos causados por excessos no exercício da liberdade corporativa, sobretudo diante do contexto de um mercado financeiro-bancário ainda carente em termos de governança e de regulação global eficaz.[41]

---

letras e números), que não se encontra sistematicamente ligado a um indivíduo, ou seja, trata-se de uma espécie de pseudônimo virtual, que pode ser utilizado para fins legítimos ou não criminosos, mas, quando assim não ocorre, há grande dificuldade para identificação do titular ou do destinatário dos recursos transacionados. Esse fator configura uma perigosa janela de oportunidades para crimes virtuais e lavagem de ativos, o que foi ressaltado o relatório do GAFI, datado de junho de 2014. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>. Acesso em: 02jul.2017. Cite-se, como exemplo desse novo meio de gestão de recursos de origem criminosa, o ciberataque efetuado, em 27jun.2017, por piratas virtuais (*hackers*) em detrimento do sistema informatizado do Hospital do Câncer de Barretos/SP, cujo pagamento do "resgate" para normalização da situação foi exigido em *bitcoins*. Conforme informações disponíveis em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/ataque-de-hackers-suspende-3-mil-consultas-e-exames-nas-unidades-do-hospital-de-cancer-de-barretos-sp.ghtml>. Acesso em: 02jul.2017.

[40] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Crise e recuperação da confiança. *Revista de Economia Política.* V. 29, n. 1. São Paulo: janeiro-março/2009, p. 136. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572009000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 12maio.2015.

[41] Segundo uma corrente de pensamento, a crise de 2008 revelou, a um só tempo, a obsolescência da estrutura de supervisão descentralizada e seu descompasso para com o elevado grau de imbricação entre as diversas categorias de instituições financeiras (bancos, fundos de pensão, seguradoras e fundos de investimento) e mercados (de crédito, de capitais e de derivativos). Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise e recuperação da confiança...* op. cit., p. 137.

1.2.1.2 O confronto entre a “mcdonaldização” do Direito (Penal) e o isolacionismo: a busca do ponto de equilíbrio

Um outro efeito do processo globalizador seria o fenômeno que Ulrich Beck resolveu denominar de “mcdonaldização”[42] e que consistiria na disseminação, em âmbito universal, de estilos de vida, símbolos culturais, comportamentos e costumes originados a partir de países desenvolvidos, como exemplifica o sucesso mundial da audiência dos filmes e séries hollywoodianos, bem como das produções da Disney em países da Europa e da América Latina.

Uma parcela da doutrina vislumbra uma espécie de versão jurídica para essa tendência. Nesse tom, expressa-se Adán Nieto Martín[43] ao externar sua impressão sobre o que denominou de americanização do Direito Penal Econômico europeu. Em suma, trata-se de uma crescente aproximação entre institutos e políticas existentes no sistema jurídico vigorante em países anglo-saxões (sistema *common law*) e no sistema jurídico adotado em países da Europa continental e da América Latina (sistema *civil law*), ainda que os mesmos se diferenciem basicamente pela preponderância distintamente atribuída a determinadas fontes do Direito.[44]

A integração econômica entre as nações provocou a busca pela integração dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, o que acarretou a reconfiguração dos sistemas de fontes com vistas a alcançar um Direito Penal, se não universal, ao menos harmônico.

Esse fenômeno foi detectado há aproximadamente duas décadas e, portanto, coincide com a emergência do processo globalizador, sendo notado quanto à incorporação de ideias, de teorias, de enunciados legais e, em sentido mais amplo,

---

[42] BECK, Ulrich. *O que é globalização?*... op. cit., p. 85.

[43] NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal econômico? *Revista Penal.* N. 19, 2007, p. 120/136. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/309>. Acesso em: 14maio.2016.

[44] Sobre a referida distinção, com referência ao sistema jurídico anglo-americano (*common law*), assim ensinou Heleno Cláudio Fragoso: “O Direito Penal anglo-americano tem como fontes a common law e a lei escrita (statute). Por common law entende-se o direito que não se expressa através de ato legislativo, mas sim, do costume revelado através de decisões judiciais [...] A common law constitui, portanto, lei não escrita, que se determina através dos repositórios de decisões e das obras dos clássicos.” Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV, N. 14, julho-setembro/1966, p. 112.

de estratégias de enfrentamento delitivo. São exemplos dessa perspectiva o combate ao narcotráfico (*War on Drugs*) e, mais recentemente, o enfrentamento ao terrorismo e aos crimes econômico-financeiros.

Deve-se registrar o fato de haver resistência de uma parcela da doutrina quanto à rapidez e acriticismo com os quais, supostamente, têm sido acolhidos alguns anglicismos, institutos (ex.: *whistleblowing*, *willful blindness theory*, *compliance programs*, *stakeholders*, *gatekeepers* etc.), regramentos (ex.: as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI) e, num prisma geral, a própria política criminal ostentada e fomentada por países desenvolvidos (ex.: a tipificação dos crimes de lavagem de ativos e terrorismo).[45]

Em que pese o citado posicionamento, soa mais adequado aos tempos modernos o entendimento de que não devem ser desprezadas as experiências advindas da realidade jurídica estrangeira e as marcadas distinções entre os sistemas jurídicos *common law* e *civil law* não constituem obstáculos intransponíveis nesse aspecto.

Ainda que, para fins didáticos e respeito ao vernáculo, admita-se a necessidade de traduzir, sempre que possível, os termos empregados alhures para vocábulos pertencentes ao idioma pátrio e mesmo considerando, pontualmente, a necessidade de adaptação dos institutos e normas estrangeiras à realidade da cultura jurídico-penal brasileira, tais providências não afastam, de antemão, a possibilidade de interlocução profícua entre sistemas jurídicos distintos e, principalmente, a capacidade do Direito Comparado em contribuir, *mutatis mutandis*, para o desenvolvimento do Direito Penal Econômico no Brasil. Essa consideração não corresponde à aceitação ou submissão a qualquer forma de colonialismo por parte de países ricos.[46]

---

[45] Segundo essa visão, trata-se de uma realidade inescapável e absolutamente traumática para o Direito Penal, que também passa por um processo de economicização (incorporação de premissas e predicados econômicos). Esse último aspecto é acentuado pela atuação de agências internacionais ligadas à área econômica, notadamente, o G7 e o GAFI, sendo que esta última entidade é tida como o braço da OCDE para fins de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Tal movimento de internacionalização do Direito Penal ou de formação de um Direito Penal mundial incorporaria, em larga medida, uma proposta elaborada por países desenvolvidos para imposição de seus anseios político-criminais e de seu próprio sistema de fontes do Direito. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

[46] Embora não verse especificamente sobre matéria jurídica, crê-se no acerto da apreciação exposta por ZIZEK e DALY: “Creio que a maneira de reagir à globalização é endossá-la e exigir uma

Do contrário, numa indesejável perspectiva isolacionista, substituir-se-ia o pretenso imperialismo cutural vislumbrado pela igualmente criticável xenofobia jurídico-intelectual. Crê-se que ambas as visões radicais se mostram irrazoáveis por prejudicarem o desenvolvimento de um sistema criminal mais efetivo a partir das contribuições técnicas advindas do exterior, bem como por impedirem, numa perspectiva mais ampla, a própria formação de um Direito Penal Internacional. Parafraseando o ditado popular, crê-se que, muito melhor do que aprender com os próprios erros pátrios, é se permitir aprender com os erros – e, porque não, eventuais acertos – decorrentes da experiência jurídica estrangeira.[47]

Assim, não se vislumbra, a princípio, empecilho incontornável ao acolhimento dos novos desenvolvimentos teóricos em torno das repercussões penais de institutos moldados alhures, tais como a governança corporativa, a autorregulação e os programas de *compliance*, assuntos que serão objeto de apreciação posterior.

1.3 A criminalidade e a política criminal da sociedade contemporânea (global)

Na Antiguidade, vigoravam, entre os romanos, conhecidos ditados, tais como: onde há sociedade, há Direito (*ubi societas ibi jus*) e a cada época, o seu Direito (*cuius tempora eius ius*[48]). Nessa linha de pensamento, pode-se acrescentar que, em suas respectivas épocas, cada formato social produziu uma criminalidade que

---

globalização ainda mais radical [...] Não creio que possamos fingir que o capitalismo é um modo encobrir uma certa dominação cultural, ou seja, que o capitalismo realmente signifique uma predomínio da cultura europeia ou norte-americana. Não, o capitalismo moderno é de fato multinacional e multicultural, no sentido de que não tem um referente sociocultural supremo." ZIZEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível...* op. cit., p. 191.

[47] No sentido da plena possibilidade de compatibilização do respeito à soberania estatal com as medidas de harmonização normativa e cooperação internacional no combate à criminalidade globalizada, em especial, no que tange a lavagem de ativos, confira-se: BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei n. 9.613/ 98. São Paulo: RT, 2007, p. 38.

[48] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 33.

lhe foi peculiar. *Ubi societas ibi crimen.*[49] O Direito Penal vem ao mundo, ou seja, é legislado, interpretado e aplicado para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que se organizou ou se organiza de determinada maneira.[50]

O paradigma objetivo do Direito Penal clássico, também chamado de tradicional ou liberal, é o crime de homicídio típico, com um autor e uma vítima perfeitamente individualizados. Ocorre que o debate em torno do Direito Penal já não incide mais, ao menos de forma relevante e predominante, sobre a criminalidade violenta (de sangue) ou dos despossuídos, como ocorreu ao longo do século XIX e boa parte do século XX, mas sim sobre a delinquência dos poderosos (*crimes of the powerfull)* e do mundo dos negócios (*business crime*).[51]

Enquanto a criminalidade tradicional aborda indivíduos ou grupos de delinquentes que atuam espontaneamente e sem uma direção institucionalizada, a criminalidade globalizada contemporânea prima pelo planejamento logístico, muitas das vezes em escala transnacional. Não se trata de dizer que sejam comportamentos originados a partir da globalização, mas que, a partir das condições propiciadas por esse fenômeno, tais condutas delitivas passaram a incidir sobre um espaço geográfico total ou global.[52]

---

[49] A Criminologia registra a existência da teoria anômica ou da anomia, criada por E. Durkheim e revisada por R. Merton, segundo a qual, dentro de determinados limites quantitativos e qualitativos, a criminalidade é um fator ineliminável e, em certa medida, até benfazejo ao conjunto social. Sobre o tema: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 784/793.

[50] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

[51] Sobre o tema, eis a preleção de Silva Sánchez: “Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 80.

[52] Eis o dizer de Gracia Martín sobre o assunto: “La criminalidade económica de la globalización, sin embargo, es uma criminalidade empresarial organizada que apenas se distingue ya de la criminalidade organizada tradicional [...] los mercados de la classe mencionada, es decir, de drogas, inmigración, fraude inversiones o blanqueo de capitales, precisan de una grand logística y de un management, y para ello se ofrecen las formas de la economia legal”. GRACIA MARTÍN, Luis. *El derecho penal ante la globalización económica...* op. cit., p. *77.*

A criminalidade que marca o mundo contemporâneo globalizado é macro no sentido de atingir comumente coletividades indeterminadas (daí se falar em macrocriminalidade ou macrodelinquência)[53] e, nesse sentido, difere da delinquência tradicional ao se caracterizar pela organização estrutural (de similitude empresarial), pela transnacionalidade (de seu *modus operandi* e efeitos maléficos) e, em especial, pelo poder econômico, como explica Jesús-María Silva Sánchez[54]:

> [...] la delincuencia de la globalización es económica, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos). Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminologicamente como crimes of the powerful (de sujetos poderosos); de delitos que tienen un regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración. Todo o cual há de redundar en una configuración de los mismos sobre bases significativamente diversas de las del Derecho penal clásico (de la delincuencia pasional o de los crimes of the powerless).

No mesmo tom e chamando a atenção para a correlação entre as noções de criminalidade econômica e macrocriminalidade, assim discorre Alberto Silva Franco[55]:

> A criminalidade econômica é a mais expressiva das criminalidades expandidas e aperfeiçoadas pela economia mundializada: é irmã siamesa da criminalidade organizada e tem vínculos indissolúveis com a criminalidade das drogas, com a criminalidade ecológica, com a criminalidade do tráfico de armas, com a criminalidade resultante do conúbio entre o mundo político e o mundo dos negócios, com a criminalidade do terrorismo, com a

---

[53] Luiz Flávio Gomes afirma que o conceito de macrodelinquência abrange a geração de grandes danos a vítimas concretas ou difusas e, nesse sentido, envolve delitos econômicos, financeiros, tributários, previdenciários, ecológicos, imobiliários, lavagem de capitais, evasão de divisas, corrupção política etc. Cf. GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista dos Tribunais.* V. 906. São Paulo: RT, abril/2011, p. 232.

[54] O referido autor também discorre sobre as características da criminalidade global: "En efecto, desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, organizada. Es decir, que en ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalizacion y la integracion supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 21. São Paulo: RT, out./1998, p. 69.

[55] FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 103. São Paulo: RT, julho/2013, p. 143.

> criminalidade do tráfico de pessoas e de partes do corpo humano, com a criminalidade das guerras. É ela a macrocriminalidade, o fio invisível que perpassa por todas as outras formas da moderna criminalidade.

Há algumas décadas, Manoel Pedro Pimentel[56] também já advertia sobre os efeitos plurais da macrocriminalidade econômica:

> [...] os danos causados por esses delitos transcendem dos prejuízos impostos às vítimas dos casos concretos, pois denunciam a presença de um perigo social e moral capaz de atingir a todos, quer na economia particular, quer na pública, trazendo descrédito e a desconfiança às instituições financeiras, às organizações que lidam com o crédito e a poupança, sejam elas particulares ou oficiais.

A evolução da vida humana é influenciada ao longo da história por muitas fontes, destacando-se, contemporaneamente, a industrialização da produção, o revolucionário desenvolvimento da informática, da tecnologia, da mídia e dos meios de comunicação. Esses fatores potencializaram a formação de uma teia empresarial que modifica a vida humana em sociedade, inclusive na questão das novas temáticas criminais (ex.: a criminalidade dos bancos, a lavagem de ativos, o tráfico massivo e internacional de entorpecentes). Nesse exato tom, segue a impressão de Sérgio Salomão Shecaira[57]:

> A verdade é que se o processo globalizador traz inúmeras consequências no plano das relações humanas, produz, igualmente, evidentes reflexos no direito penal e na criminologia, ciências que devem adotar como ponto de partida esse novo paradigma de sociedade globalizada e excludente sempre que pretenderem ser efetivas em seus papéis de entendimento e equalização dos fenômenos criminais tais como têm se apresentado na atualidade.

A delinquência característica do mundo globalizado é essencialmente econômica, à medida que o lucro é sua principal meta, e empresarial, haja vista a semelhança estrutural entre as organizações criminosas da atualidade e as grandes corporações modernas. Nesse contexto, é importante sublinhar também que um importante volume de atos delitivos está relacionado a atividades tipicamente empresariais, havendo um nítido tangenciamento entre o mundo do crime e o mercado econômico lícito, regular e oficializado. As possibilidades de realização das principais atividades ilícitas levadas a efeito no universo da macrocriminalidade

---

[56] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 1973, p. 05.

[57] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 29.

estão fortemente condicionadas pela necessidade de utilizar sólidas redes logísticas de aparência legal.[58]

Em discurso na cerimônia de abertura do 50º aniversário da ONU, o ex-Presidente norte-americano, Bill Clinton, proferiu a seguinte sentença: “Na nossa aldeia global, o progresso pode espalhar-se rapidamente, mas os problemas também”. No mesmo tom, é digna de transcrição a preocupação externada por Francis Fukuyama[59]:

> [...] as coisas ruins também cruzam fronteiras - drogas, crime organizado, terrorismo, armas de todos os tipos, dinheiro ilícito, etc. A globalização tem sido chamada de “crepúsculo da soberania”. Trata-se certamente de um exagero, mas a tecnologia e o aumento da mobilidade têm tornado muito mais difícil para os Estados as tarefas de forçar o comportamento ou fazer muitas das outras coisas associadas à ordem tradicional. Nos dias em que a maior parte das riquezas tinha a forma de terras, os Estados podiam exercer uma influência considerável sobre as elites ricas; hoje, essas riquezas podem escapar facilmente para contas bancárias no exterior.

Tais palavras não atestam outra percepção senão a de que, em sua face sociológica, a delinquência acompanha a sociedade na qual está inserida e, por conseguinte, também se tornou global e tecnológica.

A despeito da subsistência da discussão em torno de sua autonomia científica[60], a política criminal pode ser definida como o ramo da Ciência Criminal que abrange o planejamento normativo e institucional do Estado quanto ao enfrentamento do fenômeno delitivo. Sendo assim, num contexto marcado pela desregulação, é natural a demanda por uma política criminal liberal, que seja compatível com a estratégia mercantil baseada na minimização de custos e

---

[58] GRACIA MARTÍN, Luis. El derecho penal ante la globalización económica... op. cit., p. 74.

[59] FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política...* op. cit., p. 517.

[60] A noção de política criminal foi concebida no final do século XVIII pelos juristas alemães Kleinschrod e Feuerbach com o sentido filosófico de disciplina que busca conhecimentos orientadores do Estado legiferante. Por iniciativa de Von Liszt, o termo deixa de se referir a uma abstrata arte de legislar para assumir o sentido racional de disciplina científica assentada nos fins de crítica (*de lege lata*) e reforma (*de lege ferenda*) do Direito vigente. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 123. Para uma corrente doutrinária, a política criminal configura, ainda hoje, uma matéria de fronteiras científicas nebulosas, confundindo-se ora com a Criminologia, ora com o Direito Penal positivado, carecendo, portanto, de um método científico claro e racional. Cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal.* Colex: Madrid, 2001, p. 21.

responsabilidades, em que pese a nítida potencialidade lesiva dos comportamentos infracionais nascidos no seio da vigente realidade corporativa.[61]

Faz-se presente a era da multiplicação, inédita e em larga escala, da criminalidade econômica operada por meio de circuitos delinquentes que englobam a circulação de vultosos montantes de capitais e a mobilização de inúmeras pessoas e organizações atuantes em âmbito internacional numa conjuntura que propõe cotidianamente novos desafios para o Direito Penal.[62]

O modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se identificam pelos seguintes fatores: (1) a desconsideração de fronteiras e limitações territoriais; (2) a ostentação de estrutura hierarquizada com divisão de tarefas, nos mesmos moldes de empresas regularmente estabelecidas e, por fim, (3) a separação, no espaço e no tempo, entre a perpetração da conduta criminosa propriamente dita e os danos provocados pela mesma.[63]

A seu turno, o Estado tem apresentado duas reações distintas frente a esse quadro circunstancial. De um lado, mostra-se manso e tímido em relação à macrocriminalidade econômico-empresarial e, de outro, atua de forma rigorosa e implacável quanto à punição da criminalidade miserável das ruas. Do ponto de vista subjetivo, a criminalidade da globalização é cometida por pessoas poderosas, sendo qualificada, ainda, pela magnitude de seus efeitos econômicos, políticos e sociais.

Com efeito, a lavagem de ativos integra um projeto que atende, racionalmente, às necessidades da delinquência de grande porte, para a qual

---

[61] Sobre o tema, assim discorre Vicenzo MUSACCHIO: “En suma, desregulación de los mercados financieros, libertad de movimento de capitales, redes internacionales de comercio, proceso de concentración de capitales, alzamiento de fronteras dentro de los espacios comunes, son todos elementos consustanciales de la economía mundial moderna que pueden ser caldo de cultivo del tráfico ilícito en general y de la criminalidad organizada em particular, ya que para ella su fin principal es la obtención de ganancias utilizando toda laguna jurídica.” MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal económico, crimindalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 60. São Paulo: RT, maio-junho/2006, p. 217.

[62] FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal...* op. cit., p. 37.

[63] FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 2000, p. 256.

instituições bancárias e outras sociedades legalmente constituídas funcionam como ponte entre o mundo delinquente e a normalidade cotidiana.[64]

Assim como não se poderia pretender, sensatamente, tratar problemas de saúde típicos da modernidade apenas com as aspirinas ou medicamentos existentes no início do século passado, não se pode aceitar a proposição da aplicação do mesmo arquétipo legal moldado com vistas na delinquência da década de 1940 para enfrentamento da criminalidade contemporânea. Sendo assim, refletindo acerca de planificação estatal para combate à delinquência hodierna, não há dúvida de que determinados temas, como, por exemplo, a prevenção do uso do sistema financeiro para práticas criminosas, demandam uma regulamentação internacionalmente uniforme e eficaz.

Ad aggressione globale, risposta globale.[65] O raciocínio proposto é de razoável simplicidade: para um problema de reflexos transnacionais, a tentativa de solução não pode ter outra natureza senão transnacional[66]. Eis o paradoxo da modernidade: a mesma globalização que introduz novas formas de interdependência mundial, traz consigo novos riscos, ambos promovendo possibilidades de longo alcance em termos de (in)segurança.[67]

Com vigor, constituiria inaceitável contrasenso abrir fronteiras para delinquentes e fechá-las à persecução penal. Aliás, livrar-se da responsabilidade pelas consequências de ilicitudes e lesões tem se tornado o bem mais cobiçado no campo da criminalidade econômico-empresarial, o que se torna viável ante a ampla mobilidade atualmente propiciada ao capital (de qualquer origem e espécie), que

---

[64] FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos... op. cit., p. 261.

[65] CASTALDO, Andrea R.; NADDEO, Marco. *Il denaro sporco*: prevenzione e represione nella lotta al riciclaggio. Milano: CEDAM, 2010, p. 25.

[66] Do contrário, incidiria, em desfavor do interesse público, a "tremenda vantangem" vislumbrada na percepção de BAUMAN sobre o tema: "Não há, portanto, muito capital político a extrair do fato de ´ser visto como que fazendo algo´ contra o crime ´do colarinho branco´. E há pouca pressão política sobre os legisladores e guardiães da ordem para abrir suas mentes e flexionar seus músculos de modo a tornar mais efetivo o combate a esse tipo de crime; nenhuma comparação portanto com o clamor público contra os ladrões de carros, assaltantes e violentadores, ou contra os responsáveis pela lei e a ordem considerados muito frouxos ou condescendentes por não os colocarem no lugar onde deveriam estar, a prisão [...] Por fim, mas não menos importante, há essa tremenda vantagem que desfruta a nova elite global ao enfrentar os guardiães da ordem: as ordens são locais, ao passo que a elite e as leis do livre mercado a que obedece são translocais." BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas.Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 133.

[67] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...* op. cit., p. 190.

flutua praticamente liberto de amarras.[68] Por conseguinte, a política criminal no contexto do mundo contemporâneo deve estar voltada para os seguintes pontos de atenção:

(1) a harmonização da legislação penal em termos de definição de tipos penais fundamentais e respectivas consequências sancionatórias;

(2) o aprofundamento e desburocratização da cooperação jurídico-penal internacional em termos de auxílio na coleta de provas e efetivação das sanções penais;

(3) a modernização da arcabouço conceitual de sustentação da teoria do delito e

(4) a repressão efetiva e séria em face paraísos jurídico-penais, ou seja, países e entes federativos lenientes com a criminalidade transnacional, em que pese serem, injusta e eufemisticamente, chamados de paraísos fiscais.

Muito além da mera submissão a interesses estrangeiros, crê-se que, sem prejuízo de adaptações pontuais, os Estados deveriam se submeter a uma globalização ainda mais radical e se associar com o fim de impor limites à extremada política de desregulação do mercado financeiro.[69] Um ponto de equilíbrio e razoabilidade se faz, atualmente, mais do que necessário.

Ante a exposição até aqui delineada, o conjunto de acontecimentos que integra o fenômeno da globalização potencializou a expansão da criminalidade e, por conseguinte, do Direito Penal para âmbitos nos quais outros ramos do Direito – notadamente: o Direito Civil e o Direito Administrativo – revelaram-se pouco

---

[68] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas...* op. cit., p. 17.

[69] Especificamente referente aos bancos e instituições financeiras, segue o convergente o entendimento de Ulrich Beck: "A tarefa da política consistiria em chamar a atenção para a necessidade trazida pela globalização de que regulamentações, convenções e instituições que ultrapassem fronteiras, o que demanda também uma maior coordenação política entre os Estados nacionais, em especial, no aprimoramento da fiscalização de bancos e instituições financeiras." BECK, Ulrich. *O que é globalização?...* op. cit., p. 227.

eficientes, tendo como exemplos flagrantes a proteção ao meio ambiente e à ordem socioeconômica.

Nesse contexto, ocorre o aparecimento de novos riscos caracterizados pela imprevisibilidade e pela intangibilidade. Quando concretizados, tais perigos convolam-se em danos irreversíveis e massificados (vitimização difusa).[70] Por conseguinte, a repercussão penal da globalização remete a uma política criminal qualificada, entre outros fatores:

(1) pelo acolhimento de novos bens jurídicos, ora de titularidade supraindividual e que antes encontravam-se desprotegidos ou entregues à tutela de outros ramos do Direito;

(2) pela antecipação da tutela penal por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato com foco na prevenção de lesões cuja reparabilidade ou reversibilidade se torna dificultosa ou inviável.[71]

Como já mencionado, ao lado da privatização (desestatização) de empresas e da contenção de gastos públicos[72], a desregulamentação mercadológica conforma um dos pilares da política econômica neoliberal implementada e impulsionada pelos

---

[70] Uma outra característica importante dos riscos da modernidade é o chamado “efeito bumerangue”, que consiste na produção de efeitos danosos também para aqueles que praticam as atividades geradoras do risco, sejam estas ilícitas ou não. Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25/28.

[71] FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal...* op. cit., p. 77.

[72] Segundo uma corrente de pensamento, o discurso neoliberal, que veio a ser reforçado na década de 1980, teria origem ainda mais remota, eis que, ao final da Segunda Guerra Mundial, representantes dos países aliados com vitória iminente no referido conflito reuniram-se na cidade de Bretton Woods, no Estado norte-americano de New Hampshire, em 1944, para, desde então, delinear as orientações da economia mundial do pós-guerra, o que ficou definido em triplo sentido: a privatização de empresas estatais, a desregulação dos mercados interno e externo, bem como a contenção do gastos em prestações sociais. Para assegurar a observância dessa estratégria, foi prevista, então, a instituição de entidades que ficaram conhecidas como os “gêmeos de Bretton Woods”, quais sejam: o Banco Mundial, criado em 1945, e o Fundo Monetário Internacional, criado em 1946. Cf. ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.

governos de Ronald Reagan – daí se falar em *Reaganomics*[73] – nos EUA (1981-1989), e Margaret Thatcher, na Inglaterra (1979-1990). Dentro desta visão neoliberal, que comandou a economia nas últimas décadas, o regramento da atividade bancária foi largamente eliminado ou restringido com fins de alavancagem das operações[74]. Tal descontrole regulatório é apontado como o principal motivo do mais recente colapso econômico, ocorrido em 2008.[75]

A toda evidência, faz-se necessário redefinir o papel dos sistemas bancário e financeiro no capitalismo hodierno, eis que a internacionalização das relações econômicas fez com que muitos comportamentos criminosos passassem a ser realizados mediante aproveitamento das redes lícitas de comércio e informação. Outrossim, a diversidade legislativa e a incomunicabilidade entre os sistemas jurídico-penais dos países servem de combustível que estimula a violação de valores globalmente relevantes, movida pela crença na imobilidade do aparato punitivo.

A cooperação jurídica e a harmonização das legislações são imperativos da eficácia no enfrentamento das manifestações da macrocriminalidade moderna.[76] As organizações criminosas transnacionais dependem de fluxo de caixa e

---

[73] Sobre as consequências da política econômica implantada no governo Reagan (*Reaganomics*), assim discorre Woodwiss: "A proliferação de oportunidades para crimes de colarinho branco pode ser atribuída às mudanças na legislação ou debilitaram a regulamentação, feitas em geral por forte pressão de lobbies de interesses da comunidade corporativa. No entanto, poucas lições foram aprendidas com esses onerosos colapsos. A ladainha de Reagan no sentido de que o governo era o problema, e não a solução, não foi contestada a sério por nenhum de seus sucessores." Cf. WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gangster.* Quem são os verdadeiros agentes do crime organizado mundial. Tradução de C. E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 132.

[74] MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. O que fazer depois da crise. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia.* Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 35.

[75] ASSIS, José Carlos de. A idade da cooperação. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia.* Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 55.

[76] É este o diagnóstico de Zuñiga Rodríguez: "La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales em materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homegeneidad em las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal. La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna." Cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal.* Colex: Madrid, 2001, p. 270.

reinvestimentos para se manter e crescer. Negar-lhes um desses dois fatores – ou, melhor ainda, os dois, pode efetivamente levá-las à ruína. No entanto, essa possibilidade não deixará o plano da ficção enquanto aqueles que lidam com o dinheiro de grupos delinquentes permanecerem lenientes quanto às obrigações de colaboração contra o crime e imunes às responsabilidades de ordem penal.[77]

Noutro aspecto, a condução dos fluxos de informação no seio da atividade corporativa configura um problema crucial nas discussões acerca do futuro do mundo empresarial. Não se trata apenas de fazer com que os trabalhadores e dirigentes se tornem transparentes para a pessoa jurídica empresária, mas também fazer com que todos os que nesta atuam – e, por consequência, também a própria pessoa jurídica empresária – venham a se tornar transparentes para o público interessado.[78]

A já aludida sociedade de risco diagnosticada por Beck é também, segundo este mesmo autor, uma oportunidade que pode fazer surgir uma cultura de responsabilidade que independa de limites territoriais e previsões de ordenamentos locais.[79] O grande desafio do Direito Penal na sociedade de risco é exatamente o de

---

[77] É importante, sobre este aspecto, a advertência de Robinson: "É significativo o fato de que não há uma única nação na face da Terra que já tenha alguma vez proposto leis que exijam de advogados, banqueiros, contadores e agentes de estabelecimento de empresas – que, sabendo ou não, prestam serviços às organizações criminosas transnacionais ao lavar-lhes o dinheiro – que verifique, sob ameaça de penalidade criminal, os beneficiários do dinheiro que vão manipular, antes de manipulá-lo. Se advogados, banqueiros, contadores e agentes de estabelecimento de empresas pudessem ser tirados da equação, se as empresas e contas bancárias secretas localizadas em paraísos fiscais tivessem negado o direito de funcionar no resto do mundo – se as Caymans, Antiguas, Colômbias, Nigérias, Suíças, Liechtensteins e até Niues do planeta fossem totalmente condenadas ao ostracismo pelo papel que desempenham na criminalidade internacional – aí sim, algo poderia começar a mudar." Cf. ROBINSON, Jefrey. *A globalização do crime.* Tradução de Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 421.

[78] Na literalidade da preleção: "Na medida em que a vinculação espacial da produção é despedaçada e espraiada, a informação converte-se no instrumento essencial que possibilita a conexão e a sustentação da unidade produtiva. Adquire assim um caráter crucial a pergunta sobre quem obtém informações, como, por meio de quê, em que ordem, de que tipo e para quê. Não é difícil prever que, nas discussões empresariais do futuro, essas disputas em torno da distribuição e do controle distributivo dos fluxos de informação se tornarão uma importante fonte de conflitos." BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade...* op. cit., p. 319/320.

[79] O lado positivo da sociedade de risco seria representado exatamente por esta oportunidade: "A sociedade mundial de risco nos obriga a reconhecer a pluralidade do mundo que a visão nacionalista podia ignorar. Os riscos globais abrem um espaço moral e político que pode fazer surgir uma cultura civil de responsabilidade que transcenda as fronteiras e os conflitos nacionais. A experiência traumática de que todos são vulneráveis e a decorrente responsabilidade pelos outros, até para sua

harmonizar os anseios da política criminal protetiva contra riscos com a conservação das liberdades e garantias individuais.[80]

A síntese do entrelaçamento entre as transformações pelas quais passa o mundo globalizado e o desenvolvimento da delinquência econômico-empresarial é bem ilustrada na apreciação de Carlos Eduardo Adriano Japiassú[81]:

> O Direito Penal sofre, neste final de século e de milênio, as consequências de uma sociedade em transformação, decorrente das modificações ocorridas em um mundo que se globaliza. Os novos desafios a serem enfrentados são cada vez mais intensos e complexos e suas soluções estão, ainda, por merecer tratamento adequado por parte do Estado e, mais que isto, da sociedade como um todo. [...] Com a crescente sofisticação econômica de nossa época, surge um efeito perverso: uma criminalidade econômica de nossa época, surge um efeito perverso: uma criminalidade econômica de características bastante mais complexas, de acordo com um mercada cada vez mais sofisticado. Significa dizer que a sociedade multifacetada gerou uma modalidade de delinquência absolutamente diversa da até então encontrável. [...] O tipo de delito que se tornou característico de nossos tempos foi, portanto, o crime de estilo empresarial, organizado, sofisticado, internacional e transnacional. Este, no entanto, ainda necessita de um tratamento jurídico-penal mais próximo dos reclamos do mundo moderno.

Segundo a advertência de parte da doutrina[82], o presente quadro circunstancial torna próximo o dia – se é que já não está em curso – em que, confortavelmente acomodados em seus escritórios, gabinetes e residências, munidos de toda a segurança e anonimato proporcionados por tais ambientes, indivíduos poderão praticar crimes graves por meio da rede mundial de computadores, promovendo, logo em seguida, a movimentação eletrônica do

---

própria sobrevivência, são os dois lados da crença no risco mundial." BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade...* op. cit., p. 364.

[80] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 204.

[81] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando*: uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 011.

[82] A previsão referida é de Vitalino CANAS, que acrescenta: "As transacções fazem-se no ciber-espaço. O branqueamento adquire novos contornos, até com a eventual colaboração daqueles que são objeto do crime. É para isso que teremos de nos preparar também. Se já hoje é possível dizer que as técnicas de branqueamento mudam a toda a hora, facilitadas por recursos e imaginação inesgotáveis, a chegada de um Mundo desmaterializado e globalizado tornará a situação ainda mais difícil para as autoridades de combate ao crime." Cf. CANAS, Vitalino. *Crime de branqueamento de capitais: regime de prevenção e de repressão.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 10.

recursos financeiros obtidos para aplicações que escapem ao controle de autoridades impotentes perante o universo financeiro virtual.

Diante dessa realidade, a comunidade internacional tem estabelecido, desde o final do século passado, medidas regulatórias consubstanciadas na imposição de deveres de colaboração e obrigações organizacionais dirigidos a profissionais e entes privados que exercem atividades econômicas suscetíveis de serem utilizadas para fins delitivos. Tais providências se justificam não apenas pela já comentada natureza da criminalidade econômica globalizada ou pela ameaça que ela representa para o Estado de Direito, mas porque, simplesmente, não há outra alternativa eficaz que não viabilize punições injustas ou larga margem de impunidade.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO E SEUS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELEVANTES

> A história do Direito Penal caracteriza-se por uma evolução constante. Cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge para agitar, ainda mais, as águas revoltas do oceano criminal. É o que ocorre no Brasil, hoje. Estamos vivendo um momento de renovação político-institucional, de importantes consequências na esfera do Direito Penal, pois este, de todos os ramos do Direito, é o mais sensível às modificações políticas.
>
> *João Marcello de Araujo Junior*

2.1 O conceito de Direito Penal Econômico: um breve histórico

Em pronunciamento sobre os conflitos de liberdades no seio da ordem econômico-constitucional, Eros Roberto Grau[83] teceu o seguinte alerta:

> [...] vivemos o paradoxo de um direito que, há um tempo só, promove o bem e o mal. Assegura, protege, garante o exercício da liberdade no espaço do Estado – e o Estado é único no qual a liberdade pode ser assegurada – mas nutre e permite que nade de braçadas o inimigo fundamental da liberdade, que é o mercado.

Em que pese o aparente radicalismo, a visão acima externada reflete um anseio que pode ser considerado cíclico no sentido da alternância histórica entre a demanda por maior liberdade econômica privada ou por mais intervenção regulatória do Estado. O fenomeno da desregulação e outras ideias correlatas (ex.:

[83] GRAU, Eros Roberto. Reformas Constitucionais e a identidade da constituição econômica. In: *15 anos de Constituição.* SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 187.

desestatização) emergentes a partir do final do século passado não foram sustentados, em seu grau absoluto e estático, nem mesmo pelo próprio mentor teórico da política neoliberal, como se depreende da seguinte manifestação de F. Hayek[84]:

> Nada há nos princípios fundamentais do liberalismo que faça dele um credo estático, não há regras inflexíveis e imutáveis. O princípio fundamental segundo o qual, ao organizarmos os nossos assuntos, devemos recorrer tanto quanto possível às forças espontâneas da sociedade, e o menos possível à coerção, é passível de uma variedade infinda de aplicações. Em especial, há toda a diferença entre criar intencionalmente um sistema dentro do qual a competição será tão benéfica quanto possível, e aceitar passivamente as instituições tal como são. Nada prejudicou tanto a causa liberal como a insistência rígida de alguns liberais em determinadas generalidades vagas. Em especial no princípio do laissez-faire. No entanto, de certa forma, isto era necessário e inevitável. Só a regra inflexível teria sido eficaz contra os inúmeros interesses que podiam demonstrar que determinadas medidas confeririam benefícios imediatos e óbvios a algumas pessoas, enquanto que o mal que causavam era muito mais indirecto e difícil de ver. E como se instalara, sem dúvida, uma forte presunção a favor da liberdade industrial, a tentação de a apresentar como regra sem exceções era demasiado forte para lhe resistir.

Em verdade, a essência do pensamento neoliberal parece, a princípio, sugerir um meio-termo ou um ponto de equilíbrio nesse paradoxo que tem marcado fortemente o Direito Econômico (conceituado como o conjunto de normas jurídicas que orienta a gestão dos valores e interesses ligados à ordem econômica) e também o Direito Penal Econômico (instrumento normativo de índole punitiva que protege a disciplina estabelecida nesse setor).

Em essência, pode-se afirmar que cabe ao Direito Penal Econômico introduzir e reforçar determinadas restrições a liberdades de cunho econômico, o que se dá, exatamente, com o fim de evitar que abusos no exercício dessa margem de livre-arbítrio por parte de alguns possam comprometer a esfera de liberdade de outros agentes econômicos.

Estabelecida essa premissa, deve-se registrar a existência de um certo consenso na moderna doutrina quanto à existência de distinção entre um conceito estrito e um conceito amplo de Direito Penal Econômico.

O Direito Penal Econômico em sentido estrito abrangeria as infrações penais que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia. Os respectivos tipos penais corresponderiam, portanto, a um reforço a disposições administrativas de cunho econômico, uma proteção normativa em face das

---

[84] HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho para a servidão*. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 43.

condições essenciais de funcionamento do sistema econômico definido na Constituição. Assim sendo, o Direito Penal Econômico em sentido estrito pode ser definido como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia.[85]

Já a vertente ampla de Direito Penal Econômico englobaria todas as infrações penais vulneradoras de bens jurídicos que contenham algum conteúdo econômico. Por conseguinte, estariam envolvidos uma série de delitos pertencentes à órbita do Direito Penal clássico, como, por exemplo, o furto.[86] Logo, o Direito Penal Econômico em sentido amplo é o conjunto de normas jurídico-penais que protege, genericamente, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Muito embora sejam registrados estudos anteriores nessa seara[87], a expressão Direito Penal Econômico veio a ser acolhida, formalmente, no XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado na cidade do Cairo, em 1984, para abranger os delitos contra a ordem econômica, ou seja, regramento normativo do sistema econômico e da atividade econômica de forma geral (produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços).

Superada a fase inicial em que foi considerado como um "Direito Penal de segunda classe"[88], dada a diminuta atenção que lhe era dispensada pela doutrina científica e pela jurisprudência, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico alcança hoje um posto central nas preocupações acadêmicas, tanto no Brasil, quanto no exterior.

---

[85] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 94.

[86] Ibid., p. 95/96.

[87] Roberto Lyra, um dos precursores na formação do Direito Penal Econômico no Brasil, ressaltava, já em seu tempo, que os fatores socioeconômicos seriam a fonte principal da criminalidade, seja por efeito da miserabilidade e da desigualdade econômica, seja pelos abusos do poder econômico (chamada, por ele, de criminalidade absoluta), desde sempre privilegiados e imunizados frente ao Direito Penal. Cf. LYRA, Roberto. *Economia e Crime*. Rio de Janeiro: Rodrigues&C.: 1933, p. 43 apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Roberto Lyra e o direito penal econômico. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); BÉZE, Patrícia Mothé Glioche (Org.). *Direito Penal*. Coleção UERJ 80 anos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 52/53.

[88] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*... op. cit., p. 104.

Assim sendo, entre as pautas-modelo estabelecidas pela ordem econômico-constitucional, o Direito Penal Econômico tem legitimidade para garantir, entre outros, os seguintes valores[89]: (1) a capacidade de intervenção financeira do Estado frente à diminuição fraudulenta de seus ingressos fiscais e de seguridade social, além da obtenção e desfrute fraudulento de subvenções e prestações; (2) a observância das regras de comportamento dos agentes econômicos do mercado estabelecido por disposições legais e (3) a proteção do direito de participação igualitária dos indivíduos como agentes da vida econômica.

Ao prefaciar a obra de Andrei Zenkner Schmidt[90], Fábio Roberto D´ávila chamou a atenção para os perigos trazidos pelos correntes "ventos da moda e do mercado jurídico", que sopram, atual e prediletamente, na direção dos temas de Direito Penal Econômico, quase sempre impulsionados por uma espécie de pretensão de justiçamento social, como se fosse admissível compensar excessos e equívocos tradicionalmente praticados em face de criminosos miseráveis com novos excessos e arbitrariedades, agora encetados à criminalidade dos poderosos.

Diante desse quadro, torna-se primordial fundamentar a legitimidade do Direito Penal Econômico não somente sobre metas político-criminais momentâneas, mas sim a partir da ofensa significativa a bens jurídicos socialmente relevantes. Contudo, não se pode fechar os olhos à advertência que, mesmo diante de um conjunto conceitual até então nebuloso, já era feita por Fragoso[91], segundo o qual as conclusões derivadas de reuniões científicas internacionais e importantes trabalhos criminológicospermitiam apontar, já há algumas décadas, a existência de uma criminalidade praticada por pessoas respeitáveis, contra ordem econômico-social e

---

[89] ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal econômico y Constitución. *Revista Penal.* V. 1. N. 1. Barcelona: Praxis, janeiro/1998, p. 02.

[90] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 07.

[91] Sobre o tema, o autor assim escreveu: "Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influências [...] O quadro sombrio da realidade latino-americana apresenta comumente crimes e criminosos acima da lei, tornando puramente ilusória a igualdade proclamada nos documentos políticos. O direito penal econômico é, portanto, uma ficção. Os crimes praticados nas sociedades comerciais conduzem à segura e tranquila impunidade. E para isso concorre amplamente um sistema legal que se caracteriza pela inconsistência e graves defeitos." Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, p. 03/04. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>. Acesso em: 12dez.2015.

que, embora quase sempre privilegiada em termos punitivos[92], causava danos muito maiores do que os produzidos pela criminalidade convencional.

Embora seja difícil traçar um marco histórico pontual[93], pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico surgiu, após a Primeira Guerra Mundial, em paralelo com o Direito Econômico[94], quando a intervenção do Estado no mercado econômico, acompanhada da respectiva disciplina jurídica, pôs fim ao liberalismo extremado que vigorava desde a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia.[95]

---

[92] Sobre o tema, eis a impressão de Nilo Batista: "Os tribunais são, ordinariamente, complacentes com os casos de Direito Penal Econômico que chegam a seu conhecimento e julgamento. A raridade de tais processos, aliada à complexidade com que se dispõe muitas vezes sua matéria de fato, e ao cunho especial e restrito do debate jurídico que propicia, são elementos que rompem com a rotina do aparelho judiciário, adestrado para os processos relativos às figuras tradicionais da criminalidade contra o patrimônio. A origem e relacionamento social dos autores de infrações do Direito Penal Econômico podem igualmente permitir mecanismos de identificação com funcionários do aparelho judiciário – o que não ocorre com os protagonistas da criminalidade comum patrimonial." Cf. BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusiva a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* Rio de Janeiro, N. 33, janeiro-junho/1982, p. 83.

[93] Há quem aponte que o primeiro antecedente do Direito Penal Econômico se encontra no Direito consuetudinário britânico, que em 1415 declarou ilegais práticas restritivas da concorrência violadoras da *Common Law*. Nessa época, a Coroa inglesa outorgava privilégios para importação e exportação de mercadorias e, em 1623, foi aprovada uma espécie de estatuto de monopólios, que restringiu essa prerrogativa do rei, pavimentando a estrada que levaria posteriormente ao liberalismo econômico no século XIX. A partir de então, considerou-se ilícito o estabelecimento de monopólios entre duas ou mais pessoas com o fim de prejudicar terceiros. Outra vertente indica que os primeiros marcos do Direito Penal Econômico surgidos em plena era liberal tinham por foco a punição de comportamentos especulativos que desequilibravam o mercado e o suprimento da população em geral. Há registros de que, na França, em 1448, o rei Carlos VII determinou a abertura de inquérito criminal para investigar ilícitos de sonegação fiscal. Em 1481, o rei Luis XI decretou a obrigação dos produtores de cereais de oferecerem sua produção ao mercado com o fim de impedir a formação de estoques especulativos de produtos alimentícios visando ao aumento de preços. Durante os anos da Revolução Francesa, foi editado em 1793 um decreto punindo, com a pena de morte, os especuladores que subtraíssem da circulação comercial os gêneros de primeira necessidade. Cf. SILVA, Ivan Luiz da. *Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 83.

[94] Segundo Eros Roberto Grau, o que peculiariza o Direito Econômico é sua destinação e instrumentalização para servir de ordenação jurídica da política econômica do Estado. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, P. 180.

[95] As reflexões voltadas propriamente ao Direito Econômico e ao Direito Penal Econômico coincidem, historicamente, com o advento da Primeira Guerra Mundial e intensificam-se após a crise de 1929 e, por fim, com a Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, a grande fragilização da economia foi respondida com a busca pela intervenção estatal, o que demandou a formulação de um conjunto de normas jurídicas, inclusive penais, voltadas à tutela da seara econômica. O Direito da intervenção estatal na economia (abrangendo o Direito Econômico e o Direito Penal Econômico, como seu braço punitivo) surge como instrumento de disciplina da política econômica do Estado. O Direito Penal Econômico tem, portanto, estreita vinculação com a ideia de constituição econômica, que emerge a partir do início do século XX (em especial, a partir da edição da Constituição do México, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919), quando os textos constitucionais passaram a conter normas sobre atribuições, elaboração e implementação da política econômica estatal. Cf. BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e Direito Penal mínimo: uma

No Brasil, somente após a Constituição de 1934, o Direito Penal Econômico se institucionalizou, embora já existissem algumas poucas normas precursoras. A primeira manifestação normativa nesse campo adveio com a edição da chamada Lei de Economia Popular (Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938), que deu início a uma série de outros diplomas legais que dispuseram sobre crimes econômicos.[96]

Na atualidade, como afirma Zenkner[97], o Estado não tem mais condição de se apresentar como protagonista dos fluxos econômicos, mas também não pode se dar ao luxo de ser mero espectador. Os tempos são de regulação econômica, de agenciamento ético de relações outrora absolutamente privadas num cenário de capitalismo regrado, no qual o Direito assume legítima missão de direcionamento da política econômica sob ameaça de sancionamento dos desvios observados.

Nesse aspecto, distintamente do ocorrido em tempos passados, uma equilibrada intervenção do Poder Público na economia é exigência da qual não se pode mais abdicar. Ainda que não seja o melhor dos modelos, da ruptura do capitalismo e do socialismo radicais surge a terceira via representada pelo diálogo entre o *welfare state* e a *invisible hand*: o Estado gerencial ou regulador.

Os mais recentes cataclismos econômicos que alcançaram proporções lesivas transnacionais ocorreram nos anos de 2001 e 2008, respectivamente, tendo, como características comuns, o fato de serem relacionados a desvios, fraudes, ilegalidades e abusos negociais levados a efeito no seio de corporações, voltando a evidenciar os perigos da liberdade descontrolada de agentes econômicos. Tais fatos foram decisivos para a deflagração de uma nova demanda mundial por regulamentação, transparência e ética no sistema financeiro.

Desde sempre, as manifestações do Direito Penal Econômico foram ligadas a tempos de crise ou, de alguma forma, relacionadas à repressão dos abusos do

---

equação possível. In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 26.

[96] ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal*: ilícitos penais econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 83.

[97] Com acertos e desacertos, certo é que a relação entre economia e direito penal não é novidade de nossos tempos. O Sherman Act, de 1890, já criminalizava a cartelização e monopolização de mercados e o Código Penal soviético (artigo 88.2) punia, com a pena de morte, o delito contra a racionalização de divisas. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico*... op. cit., p. 17/18.

poder econômico. Contudo, há de se concordar com a opinião segundo a qual, no panorama contemporâneo, parece mais adequado situar a emergência do Direito Penal Econômico no âmbito das evoluções socioculturais que propiciam uma nova fisionomia à sociedade e, por via de consequência, ao Estado.[98]

Na síntese de Bajo Fernández e Bacigalupo Sagguese[99], o Direito Penal Econômico é enxergado com o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, razão pela qual a objetividade jurídica desse ramo punitivo se assenta na Constituição Econômica, abrangendo as infrações penais violadoras dos interesses, metas e princípios definidos previstos na ordem econômica estabelecida pela Constituição.[100] Seja no que toca ao regular recolhimento de tributos, a disciplina do mercado de capitais ou a correta formação dos preços, o foco de proteção do Direito Penal Econômico é, em última análise, uma determinada forma de intervenção do Estado na economia.[101]

É interessante notar que os ensinamentos da moderna doutrina não destoam dos autores pioneiros nessa temática. Nessa aspecto, verfica-se que Manoel Pedro Pimentel[102] assinalava que os delitos econômicos são “condutas típicas sancionadas

---

[98] PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico:* um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 153. No mesmo sentido, é o entendimento de Eduardo Vianna: “É preciso deixar clara a premissa de que o interesse em recorrer ao Direito Penal para combater esse tipo de criminalidade, com reformas legislativas, não é determinado unicamente pelos escândalos econômicos, mas sim por um necessário e imperativo processo de modernização do Direito Penal, cujo objetivo é restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco.” Cf. NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 45.

[99] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico.* 2. ed. Madrid: Ramón Aceres, 2010, p 11/14.

[100] Sobre o assunto, confira-se o dizer de Rodolfo Tigre MAIA: “[...] direito penal econômico é o sub-ramo do direito penal que fundamentado nos princípios gerais deste ramo do direito público interno e utilizando-se de seu instrumental metodológico, tem por objeto específico a sistematização dogmática do conjunto axiológico compreendido pelos crimes econômicos, que são aqueles expressos em normas jurídico-penais incriminadoras cuja objetividade jurídica é a proteção global da ordem econômica. Esta é constitucionalmente considerada valiosa para toda a comunidade, por ser representativa do prevalente interesse coletivo, e abrange não só aspectos estrutural-constitutivos e funcionais, como também as políticas públicas estatais correlatas destinadas a concretizar suas metas fundamentais.” Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica*: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

[101] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade do sistema financeiro nacional.* Campinas: Millennium, 2003, p. 01.

[102] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 1973, p. 25.

penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”. A impressão externada por Araujo Junior e Santos[103] também não discrepa desse tom:

> Com “Direito Penal Econômico”, queremos nos referir aos ilícitos penais cometidos contra a ordem econômica, ou seja, os que violam as regras destinadas a organizar e proteger a vida econômica. Assim, as infrações penais, que envolvam empresas públicas ou privadas, ofendendo bens jurídicos supra-individuais, ligados à ordem econômica, estarão contidas nessa denominação.

2.2 A questão terminológica

Os conceitos de criminalidade do colarinho branco e de criminalidade econômica têm inegável aproximação no contexto da sociedade de risco contemporânea.[104] Noutro giro, a teorização em torno do Direito Penal Econômico vem tendo, como fonte crimógena central, a atividade econômico-empresarial[105], principalmente quando envolvidas pluralidades de pessoas. , o que pode abranger tanto o exercício unipessoal da atividade econômica, porém, com utilização dos serviços prestados por empregados subordinados, quanto a hipótese de uma sociedade empresária, seja a mesma formalmente personificada ou não.[106]

---

[103] ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal:* ilícitos penais econômicos... op. cit., p. 89. Estes autores tecem conclusões relevantes sobre o papel do Direito Penal Econômico: “Diante das circunstâncias peculiaríssimas da criminalidade econômica, podemos asseverar, sem receio de engano, que o Direito Penal constitui uma peça de magna importância para a colocação de diques, imprescindíveis à contenção da onda de danos provocados por essa moderna forma de manifestação criminosa.” Ibid. p. 129.

[104] Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: RT, 2006, p. 27.

[105] Nos termos do vigente Código Civil, eis o conceito de empresário: “Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

[106] O vigente Código Civil assim define: “Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Já a Lei n. 12.846/2013, assim chamada Lei Anticorrupção, consagra um conceito bem mais amplo: “Artigo 1º. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede,

Há certo consenso doutrinário no sentido de que, independentemente de questões formais alheias ao campo penal, os crimes econômicos da atualidade são maciçamente cometidos por meio de atividades empresariais ou em benefício de coletividades que a exerçam.[107] Nesse aspecto, a literatura estrangeira também reconhece que, por suas características especiais, a figuras da corporação empresarial constitui uma espécie de caldo de cultivo de fenômenos criminais peculiares, a demandar, portanto, tratamento igualmente especializado.[108] Nesse diapasão, segue a apreciação de Shecaira[109]:

> A empresa é, assim, um dos nódulos essenciais do modo de ser das comunidades das atuais sociedades pós-industriais. Ela não é o lugar onde ou por onde a criminalidade econômica se desencadeia; é, sim, o topos de onde a criminalidade econômica pode advir. Portanto, tal concepção das coisas leva a que a empresa possa apresentar-se como um verdadeiro centro gerador de imputação penal.

Diante desse cenário, a doutrina traçou distinção entre os conceitos de criminalidade na empresa ou intraempresarial (*Unternehmenskriminalität*) e criminalidade da empresa ou extraempresarial (*Betriebskriminalität*).[110] A primeira espécie delitiva seria praticada por prespostos contra colegas de trabalho ou a própria empresa, sendo disciplinada pelos instrumentos dogmáticos clássicos do Direito Penal. Já a segunda categoria trataria dos delitos que se cometem por meio da empresa ou no interesse da empresa contra interesses sociais ou de terceiros,

---

filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente."

[107] Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 159.

[108] Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Estudios sobre derecho penal de la empresa.* Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 32. Registre-se, no entanto, o posicionamento aparentemente isolado de Ana Luiza Barbosa de SÁ, que defende que o Direito Penal Econômico não merece o *status* de disciplina cientificamente autônoma. Nesse prisma, cuidar-se-ia apenas de um setor jurídico-penal relativo ao grupo de delitos praticados contra a ordem econômica, mas cujos princípios gerais aplicáveis confundem-se com os do Direito Penal clássico. Cf. SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico...* op. cit., p. 186.

[109] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 211.

[110] MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa:* ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Barcelona: outubro/2006, p. 03. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>. Acesso em: 15set.2016.

conteúdo este que mais se aproxima do Direito Penal Econômico.[111] Tal distinção não tem utilidade puramente classificatória, mas influi de maneira significativa na configuração dos critérios de imputação penal.[112]

Portanto, criminalidade econômico-empresarial é expressão que abrange os crimes econômicos (praticados contra valores albergados na ordem econômico-constitucional) cometidos por meio de atividade empresarial.[113] A partir desse conceito, surgem questionamentos específicos relativos à imputação penal, derivados de uma criminalidade organizada, no plano horizontal, por meio da divisão de funções e, no plano vertical, por meio do escalonamento hierárquico.

Diante dessa nova realidade, os desafios na construção dos critérios de imputação se apresentam em duplo sentido[114]: de um lado, busca-se atribuir a responsabilidade penal aos que efetivamente contribuam para a ocorrência do resultado proibido, independentemente da posição hierárquica ocupada na organização empresarial, e, por outro lado, busca-se evitar tanto a impunidade, quanto a incidência de responsabilização penal objetiva.

---

[111] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 105. São Paulo: RT, novembro-dezembro/2013, p. 60.

[112] GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación penal a la empresa en y desde la empresa el pensamiento jurídico-penal del Profesor Jesús-María Silva Sánchez. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Orgs.). *La crisis de Derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Atelier, 2010, p. 150.

[113] Segundo TIEDEMANN, a ideia de um Direito Penal Econômico Empresarial ou Direito Penal da Empresa emergiu da constatação criminológica de que a execução de grande parte dos delitos econômicos se dá mediante utilização de uma empresa ou em favor desta, bem com por meio do exercício da função de empresário (*occupational crime*). Daí se falar em *corporate crime*, *Droit Pénal des Affaires*, Direito Penal da Empresa ou Direito Penal Econômico Empresarial. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 03. No Direito pátrio, José Ourismar Barros sustenta que o Direito Penal da empresa seria um ramo do Direito Penal Econômico, numa relação aproximada de espécie e gênero, respectivamente. Cf. BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa:* a responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 228.

[114] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 492.

2.3 O perfil da criminalidade econômica

Entre as principais características que marcam o perfil da criminalidade econômica, estão o dinamismo mimético, a sofisticação logístico-organizacional e a massividade dos efeitos nocivos produzidos.

2.3.1 O dinamismo mimético

Em nenhuma área do universo criminal, a mudança é tão constante quanto no campo dos crimes econômicos. Portanto, é fadada ao fracasso toda e qualquer política criminal que se mostre estagnada. Os agentes que se dedicam a esse ramo delitivo não ficam parados à espera dos movimentos das autoridades investigadoras do Estado e, ao contrário, estão em constante processo de adaptação às mudanças na prevenção e repressão a seus empreendimentos criminosos. Dessa forma, qualquer estratégia estatal em termos de combate à delinquência econômica deve, antes de mais nada, ser submetida permanentemente a reajustes de eficácia.[115]

Chama-se de mimético a tudo aquilo que imite a forma, o comportamento ou o modo de ser de algo. Daí se dizer que a criminalidade econômica acrescenta ao dinamismo que lhe é peculiar uma singular capacidade de mimetização. Seria algo próximo ao que se pode nominar de camaleonismo delinquente[116], que consiste na aptidão de conferir verniz de legalidade a manobras ilegais. Nesse sentido, a busca constante pela aparência de licitude para crimes é uma característica fortemente

[115] MORRIS, Stanley E. Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros – experiência americana. *Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro.* V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 43.

[116] Reconhecendo que o perfil do delinquente econômico guarda diversas características especiais, sendo comparável ao de um camaleão, por sua habilidade em escapar do perigo (no caso, a punição criminal): JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura crimógena à cultura do compliance. *Revista Quaestio Iuris.* V. 10. N. 2. Rio de Janeiro: 2017, p. 1033. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28342/20495. Acesso em: 24mai.2017.

ligada à delinquência econômica moderna, que, via de regra, revela-se avessa a improvisos e à violência. Sobre o tema, vale atentar para as palavras de Maillard[117]:

> [...] deixou de haver fronteira entre as atividades criminosas e as atividades lícitas, mas uma continuidade, uma interpenetração que as torna indistintas. Entre universalização e mundialização do crime já não há uma economia "branca" que se oporia a uma economia "negra", mas uma imensa economia "cinzenta" onde apenas varia a intensidade de sombra e de luz em função do grau de penetração dos métodos e das organizações criminosas. O criminoso – quer dizer aquele que está implicado em atividades ilícitas – tornou-se "racional", quer porque pertence cada vez mais às camadas sociais superiores (ou em ascensão) quer porque a sua atividade criminosa mobiliza meios avançados, pela ação enérgica dos conhecimentos e dos meios técnicos, económicos, jurídicos e financeiros da época.

2.3.2 A sofisticação logístico-organizacional

O elevado grau de sofisticação e requintamento metodológicos com que os delitos são cometidos é uma outra marca relevante do Direito Penal Econômico. Os criminosos desse ramo são dotados de apurado conhecimento técnico e expertise nos trâmites do mercado econômico-financeiro ou se valem do assessoramento de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) que detenham o referido *know-how*. A esse perfil, deve-se acrescentar a alta especialização técnico-profissional das manobras ilegais, que se encontram distribuídas em moldes logísticos similares ao que ocorre com a divisão de funções em corporações empresariais. Sendo previamente conhecido e razoavelmente permanente, tal escalonamento é estabelecido em diferentes graus hierárquicos visando a atingir a melhor performance possível no cometimento eficiente dos comportamentos criminosos.[118]

Sobre esse aspecto, Miguel Reale Júnior[119] tece os seguintes ensinamentos:

---

[117] MAILLARD, Jean de. *Crimes e Leis.* Tradução de Olímpio Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 103.

[118] PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* N. 52. Ano 13. São Paulo:RT, janeiro-fevereiro/2005, p. 12/13.

[119] REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 13. São Paulo: RT, janeiro-março/1996, p. 188/189.

> Caracterizam a delinquência econômica a versatilidade dos meios, com a utilização de dados tecnológicos qualficados, constituindo delitos de inteligência em oposição aos de violência, não só por se utilizar de recursos tecnológicos, como por se valer de pessoas altamente qualificadas [...] outros dados fundamentais que caracterizam a criminalidade dourada são o recurso a profissionais especializados, mormente na utilização de meios tecnológicos, e o mais importante, sob a égide de estratégia global [...] A criminalidade dourada praticada por meio de empresas realiza-se tendo por base elevada estrutura organizacional, dotada de hierarquia, em processo centralizado de decisões com ação descentralizada, usando de seu forte poder econômico e político, corrompendo agentes oficiais, recorrendo a profissionais especilizados e meios tecnológicos, dificultando a descoberta de prova dos atos ilícitos, valendo-se, também, da ausência de repúdio de suas ousadias no meio social, no qual gozam de prestígio.

2.3.3 A massividade dos efeitos nocivos

Baseada em estudos sociológicos, a doutrina costuma assinalar três efeitos nocivos típicos da delinquência econômica[120]:

(1) o efeito ressaca ou espiral, caracterizado pela pressão que a prática criminosa gera, em mercados competitivos, nos demais agentes econômicos. Nesse contexto, a concorrência feita de forma desleal ou com instrumentos ilegais acaba por pressionar o restante dos competidores à comissão de novos delitos (efeito ressaca) e cada participante do mercado se converte em ponto de partida de uma nova ressaca ou série de ilícitos penais (efeito espiral). Essa espécie de contágio endêmico é facilitada também porque o potencial autor tem consciência sobre a larga margem de benevolência sancionadora que envolve a delinquência econômico-empresarial, seja pela suavidade das sanções normativamente previstas, seja pela raridade com que as mesmas são aplicadas concretamente;

(2) a reação em cadeia é caracterizada pelo fato de que o delito econômico pode causar danos materiais em face de determinados prejudicados, que, no entanto, tendem a formar apenas o primeiro degrau de uma cadeia de vítimas dos efeitos maléficos dos crimes econômico-empresariais, tais como a inadimplência, a falência,

---

[120] Sobre o tema: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 23.

o desemprego etc. Dessa forma, ocorre a transmissão dos danos gerados pelo crime entre diversas camadas de prejudicados.

Além dos danos materiais, a criminalidade econômica gera danos intangíveis e de difícil percepção, como, por exemplo, a perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio de mercado e a eliminação da concorrência legítima. Ainda que se possa considerar a vagueza dessas expressões, não se pode desprezar a importância que a delinquência econômica tem para desestabilização e perda de credibilidade do sistema econômico. Tais fatores fundamentam o reconhecimento da importância atual do Direito Penal Econômico, como assinala Figueiredo Dias[121]:

> A criminalidade económica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada actualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade económica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais, etc., de todos os países.

Outrossim, José Luis Díez Ripollés[122] chama a atenção para os fatores que, hodiernamente, têm contribuído para o déficit punitivo persistente em relação à macrocriminalidade econômica, tais como o abuso de garantias legais por meio de manobras encetadas por assessoramento técnico-jurídico de alto custo e a tendenciosa postura contemporizadora de uma parcela da doutrina penal, seja pela prontidão em criar obstáculos argumentativos ao encaixe dos ilícitos econômico-empresariais no âmbito do Direito Penal, seja pela capacidade de inventar novos entendimentos que conduzam a uma resposta penal suavizada nessa seara.

---

[121] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manoel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 319/320.

[122] Sobre o tema, transcreve-se o respectivo trecho: “É sintomático que a discussão teórica sobre a indevida ‘expansão do direito penal’ não verse, como poderia imagina um leigo, sobre as contínuas reformas legais encaminhadas a endurecer o arsenal punitivo disponível contra a delinquência clássica, mas que, muito pelo contrário, tenha como primordial objeto de reflexão a conveniência de assegurar à nova criminalidade uma reação penal notavelmente suavizada em seus componentes aflitivos.” Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada.* Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 22.

2.4 Os aspectos criminológicos relevantes do Direito Penal Econômico

Sobre a relevância do aprofundamento dos operadores do Direito Penal acerca das possíveis contribuições advindas dos estudos criminológicos, partiu de Sérgio Fernando Moro[123] a seguinte assertiva:

> Os operadores de Direito brasileiros não têm usualmente se preocupado com os aspectos criminológicos, centrando seus esforços no exame do crime do ponto de vista meramente normativo. Não se espera do juiz, procurador ou advogado, com suas agendas abarrotadas, que se tornem especialistas em criminologia. Não obstante, sem prejuízo do enfoque normativo, os responsáveis pela aplicação da lei penal devem ter noções de criminologia e, nos casos concretos, levar em consideração tais conhecimentos, o que pode facilitar não só a valoração da prova, mas igualmente a compreensão das motivações do criminoso a favorecer um processo mais acurado e mais justo. Faça-se a ressalva de que compreender não significa relevar.

A temática acima está longe de ser nova. Não é de hoje que a doutrina chama a atenção para o fato de que nenhum esforço será suficientemente bem sucedido no campo do combate aos delitos econômicos, se não se levarem em conta os fatores criminológicos que favorecem a sua incidência e dificultam a sua repressão.[124] Nesse aspecto, cabe tecer alguns comentários sobre os ramos em que se divide a Ciência Criminal para, posteriormente, fundamentar o relacionamento entre os mesmos.

Costuma-se atribuir a Franz Von Lizst[125] a visão tripartida da Ciência Criminal nos seguintes ramos: (1) ciência estrita do Direito Penal (também chamada de dogmática jurídico-penal); (2) Criminologia (ciência das causas do crime e da criminalidade sob o prisma sociológico) e Política Criminal (conjunto de estratégias normativas e institucionais de combate ao fenômeno delitivo).

---

[123] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

[124] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico...* op. cit., p. 28.

[125] LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão.* Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 93 e segs. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 03jan.2017.

A palavra Criminologia deriva do termo em latim *crimen,* que, por sua vez, é ligado ao verbo *cernere* (separar, discriminar).[126] Nesse sentido, a noção de crime remete, originalmente, a um comportamento distinto, apartado das condutas alinhadas ao ordenamento jurídico. Atribui-se o emprego pioneiro do vocábulo Criminologia ao antropólogo francês Topinard.[127] Embora não exista uniformidade conceitual na doutrina, há consenso sobre alguns aspectos essenciais da Criminologia como disciplina científica autônoma, tais como:

(1) o empirismo, consistente no fato de que os postulados e correntes teóricas criminológicas baseiam-se, usualmente, em pesquisas de campo e dados concretos sobre o delito como fato social;

(2) o etiologismo, consistente na preocupação criminológica com o conhecimento das causas do fenômeno delitivo a fim de subsidiar proposições acerca da intervenção do Estado nessa seara. Em resumo, a Criminologia pretende conhecer a realidade prática do mundo do crime para tentar explicá-la;[128]

(3) a multidisciplinariedade, consistente no fato de que os conhecimentos que embasam os estudos criminológicos não se restringem ao universo jurídico, mas provêm de várias áreas acadêmicas, tais como a psicologia, a antropologia, a sociologia, a medicina, entre outras.

Diante dessas premissas, pode-se afirmar que a Criminologia é o ramo da Ciência Criminal que busca conhecer as causas e a dinâmica da criminalidade a partir de dados empíricos multidisciplinares sobre a integralidade do fenômeno delitivo (abrangendo, portanto, informações sobre o delito, o delinquente, a vítima e

---

[126] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 05.

[127] KAISER, Günter. *Introducción a la criminologia.* 7. ed. Tradução de José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Editorial Dykinson, 1988, p. 25/26.

[128] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 32.

a reação socioestatal) a fim de subsidiar a profilaxia criminal[129] e a construção de estratégias de reação à criminalidade.[130] Portanto, a função básica da Criminologia consiste em informar à sociedade e ao Poder Público sobre fatores que permitam melhor compreender cientificamente o problema da delinquência.

Teria partido de Jiménez de Asúa[131] a previsão de que chegará o dia em que a Criminologia tragará o Direito Penal. Atualmente, esse entendimento mostra-se ultrapassado[132], eis que o antagonismo e a suposta competição por predominância entre os ramos da Ciência Criminal foram substituídos por uma visão disciplinar integradora, segundo a qual a resposta adequada ao problema da criminalidade demanda o emprego coordenado e equilibrado dos enfoques criminológico, político-criminal e penal propriamente dito. Conforme a moderna manifestação doutrinária, o Direito Penal sem a Criminologia é cego; a Criminologia, sem o Direito Penal, inútil.[133]

Sendo assim, a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal representam três momentos da resposta ao fenômeno criminal: o momento explicativo (criminológico), o momento decisional (político-criminal) e o momento normativo ou instrumental (jurídico-penal). Embora a realidade pragmática demonstre haver um abismo entre ambos, o saber empírico e o saber normativo não devem, ao menos em tese, trilhar caminhos distanciados.[134]

---

[129] No sentido de prevenção: BLANCO LONZANO, Carlos. Dogmática, Política Criminal y Criminología en el sistema de Derecho Penal*. Cuadernos de Política Criminal.* Segunda época, n. 86. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005, p. 22.

[130] Em sentido similar: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología.* 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, p. 55.

[131] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Las tendencias actuales del Derecho y las Legislaciones Penales.* 2ª serie, Tomo VI. Buenos Aires: El Criminalista, 1964, p. 81.

[132] Sobre o tema, esta é a apreciação de ROXIN: "Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da lex lata ou ferenda, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto." ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 82.

[133] Frase atribuída a Jeschek, citado em: BLANCO LONZANO, Carlos. *Dogmática, Política Criminal y Criminología en el sistema de Derecho Penal...* op. cit., p. 29.

[134] A falta de sintonia entre as disciplinas mencionadas ocasiona a incoerência e a falta de respaldo técnico das intervenções estatais na matéria criminal. Nesse ponto, Shecaira cita o exemplo do ocorrido na década de 90, quando, ao mesmo tempo em que se adotaram algumas medidas

Embora não constitua objeto específico do presente estudo, uma vez reconhecida a extrema importância das contribuições criminológicas para a construção, compreensão e aprimoramento dos institutos de Direito Penal, cabe tecer, ainda que brevemente, comentários acerca dos principais marcos teóricos criminológicos relacionados ao Direito Penal Econômico e à criminalidade econômico-empresarial.

2.4.1 A teoria da aprendizagem social

Ao romper com o atavismo biogenético preconizado por Lombroso[135], Gabriel Tarde defendeu a teoria da imitação, segundo a qual a criminalidade seria orientada pelo império do exemplo (*l´empire de l´exemple*). Dessa maneira, as práticas criminosas surgiriam como um comportamento da moda e, por meio da reprodução massiva por outros agentes sociais, converter-se-ia em hábito[136]. Tarde formulou três leis da imitação, que seriam as seguintes: (1) o homem imita o outro em proporção direta com o grau de proximidade ou intimidade; (2) o indivíduo em posição de superioridade é imitado pelos demais e (3) a novas modalidades comportamentais excluem as antigas (lei da inserção).[137]

---

repressoras, como a Lei n. 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), surgiram algumas iniciativas mitigadoras, como a Lei n. 9.714/98 e a Lei n. 9.099/95, que tinham por intenção diminuir a carga punitiva, o que coloca em dúvida a própria existência de uma autêntica política criminal no Brasil. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...* op. cit., p. 47.

[135] No sentido de disciplina que busca estudar a etiologia (estudo das causas) do fenômeno criminoso, costuma-se atribuir ao médico psiquiatra italiano, Cesare Lombroso, o pioneirismo dos conhecimentos criminológicos modernos. Na condição de diretor do manicômio da cidade italiana de Pesaro, Lombroso realizou pesquisas sobre o formato corporal e cerebral de criminosos, concluindo pela existência de similitudes biogenéticas entre estes indivíduos e seres primitivos (daí se falar em tese do criminoso nato e atavismo). Segundo a visão lombrosiana, a partir de determinados dados antropométricos (ex.: tamanho da arcada dentária, formato da cabeça etc.) delineadas na obra *L´uomo Delinquente*, publicada originariamente em 1876, indivíduos que reproduzem características semelhantes ao homem primitivo teriam maior tendência à prática de crimes. Cf. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013, p. 10/11.

[136] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología...* op. cit., p. 498.

[137] Ibid., p. 500.

Lastreados na percepção de que os seres humanos e, em última análise, os criminosos não seriam meros receptores e reprodutores passivos de impulsos e exemplos delitivos, Edwin Hardin Sutherland Picket e Donald R. Cressey[138] vislumbraram a existência de um *plus* em relação à imitação. Assim, a teoria da aprendizagem social, também conhecida como teoria da associação diferencial ou teoria dos contatos diferenciais, foi arquitetada tendo como premissa a peculiaridade da transmissão das características do comportamento criminoso – abrangendo a técnica, o *modus operandi* e a própria cultura do meio delinquente – por meio de contatos pessoais com terceiros num processo de comunicação denominado interacionismo simbólico.[139]

Destarte, segundo essa tese, as motivações e racionalidades do crime não são transmitidas hereditariamente, logo, não decorreriam de qualquer patologia física ou genética. Além disso, o delito não é, nessa perspectiva, algo fortuito ou irracional. Em suma, os caminhos criminosos seriam aprendidos a partir de contatos diferenciais com outros agentes em determinados ambientes tendencialmente propícios a práticas ilegais.

Nessa ótica, a capacidade, a destreza e a motivação necessárias para o cometimento de determinados delitos – sobretudo, os que demandam conhecimentos técnicos ou especializados – são captados mediante convivência habitual ou cotidiana com valores, atitudes e definições dissonantes do ordenamento jurídico e alinhadas ao universo criminoso.[140] Por meio dessa teoria, revalidar-se-ia, em parte e com as devidas ressalvas, a tese popularmente conhecida sobre o efeito crimógeno de más companhias: diga-me com quem andas e te direi quem és.[141]

Segundo Sutherland e Cressey[142], o comportamento criminoso é, antes de mais nada, um comportamento humano, tendo muitos elementos em comum com comportamentos não incriminados reproduzidos a partir do aprendizado, motivo pelo

---

[138] SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 5. ed. New York: J. B. Lippincott, 1955, p. 237 e segs.

[139] SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco.* Tradução de Laura Belloqui. Buenos Aires: IBDEF, 2009, p. 349.

[140] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*... op. cit., p. 275.

[141] SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia...* op. cit., p. 202.

[142] SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology...* op. cit., p. 75.

qual pode ser explicado sob a mesma fundamentação. O sistema comportamental dos crimes grupais não decorre da mera agregação de atitudes individuais. Em última análise, um agrupamento de pessoas pode ser organizado para se comportar criminosamente ou organizado para evitar comportamentos criminosos por parte de seus membros.

Os códigos, tradições, o espírito de corpo, os interesses e padrões comportamentais comuns e os relacionamentos sociais entre os membros da respectiva coletividade formam essencialmente o modo de viver do grupo (*groupway of life*) e este pode ser organizado de forma a comportar-se criminosamente ou contra a criminalidade.[143] Assim, os postulados do processo pelo qual um indivíduo se engaja no comportamento criminal podem ser sintetizados da seguinte forma[144]:

(1) o comportamento criminoso é aprendido, não é herdado biológica ou geneticamente;

(2) o comportamento criminoso é apredindo na interação com outras pessoas no contexto de um processo de comunicação;[145]

(3) A principal parte do processo de aprendizagem criminal ocorre no contato próximo entre pessoas que convivem em grupos;

---

[143] Segundo as palavras de Sutherland e Cressey: “The postulate on which this theory is based, regardless of the name, is that crime is rooted in the social organization and is an expression of that social organization. A group may be organized for criminal behavior or organized against criminal behavior.” SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. Principles of criminology... op. cit., p. 80. Em tradução livre: "O postulado sobre o qual esta teoria se baseia, independentemente do nome, é que o crime está enraizado na organização social e é uma expressão dessa organização social. Um grupo pode ser organizado para o comportamento criminoso ou organizado contra o comportamento criminoso."

[144] Ibid., p. 77/79.

[145] Em interessante pesquisa realizada, no ano de 2005, por meio de entrevistas efetuadas com 8.254 presos no Estado do Paraná, constatou-se que presos de faixa etária mais elevada fazem sua escolha ocupacional entre atividades legais e ilegais com mais ponderação que presos mais jovens, categoria na qual se nota o apontamento de que o principal fator crimógeno foi a influência negativa de amigos ou terceiros (32,44%), bem acima de fatores tradicionalmente mais conhecidos, tais como a cobiça (23,28%), a falta de estrutura familiar (8,78%) e até mesmo dificuldades financeiras (11,83%). Cf. SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia do crime*: estudo de casos nas penitenciárias. Disponível em: <www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2007_06.pdf>. Acesso em: 14maio.2016.

(4) O processo de aprendizagem criminal abrange as técnicas e as racionalidades do cometimento do delito;

(5) As específicas motivações contrárias e favoráveis ao acatamento das leis coexistem;

(6) No contexto da associação diferencial, a pessoa se torna delinquente devido à prevalência das definições motivacionais e padrões comportamentais favoráveis à violação da lei em comparação com as definições e padrões contrários a essa tendência;

(7) Tais associações diferenciais podem variar em frequência, duração, intensidade, prioridade e intensidade;

(8) O processo de aprendizagem do comportamento criminal pela associação com padrões ilícitos envolve os mecanismos comuns a qualquer outro processo de aprendizagem;

(9) Tanto o comportamento criminoso, quanto o considerado legal são expressões gerais das necessidades e valores humanos.

Um exemplo concreto de aprendizagem em matéria de métodos e racionalidades do universo criminoso é o caso de Meyer Lansky. Seu nome verdadeiro era Maier Suchowljansky (1902-1983) e nascera na cidade russa de Grodo. Ao migrar para os EUA, Lansky passou a atuar como o administrador das finanças da organização criminosa conhecido como Cosa Nostra e ficou conhecido como o “contador da máfia” ao utilizar o aprendizado com o insucesso de Al Capone na ocultação de patrimônio de origem criminosa para arquitetar novas técnicas de escamoteamento até então inéditas e sofisticadas para a época.

Atribui-se a Lansky a grande guinada, ocorrida a partir de 1932, na aplicação dos ganhos do referido grupo mafioso que integrava, então chefiado por Salvatore “*Lucky”* Luciano. Lansky foi o responsável pela ideia de utilizar bancos situados em países de legislação amena e que garantissem sigilo bancário absoluto. Foi assim

que a Cosa Nostra logrou abrir uma conta bancária na Suíça para pagar valores indevidos ao então governador do Estado norte-americano da Louisiana, Huey Long, que, em contrapartida, acabara de permitir a exploração de jogos de azar em Nova Orleans. Outras técnicas de ocultação patrimonial também são atribuídas a Lansky, tais como o investimento em cassinos e a mescla de dinheiro sujo com diversos negócios de aparência lícita.[146]

Com impressionante atualidade, a teoria da aprendizagem social configurou a primeira explicação para delitos cometidos por meio de corporações, haja vista que, no contexto de uma instituição organizada com valores propensos à comissão de infrações legais, as leis costumam ser vistas como obstáculos para a fluência e o sucesso dos negócios, fomentando-se, assim, um espírito criminal de grupo derivado de uma desviada cultura corporativa.[147] A teoria da aprendizagem social constituiu o antecedente teórico mais importante relativo ao conceito de criminalidade do colarinho branco, tema a ser desenvolvido a seguir.

2.4.2 A criminalidade do colarinho branco

Há quem afirme que, desde a Antiguidade, existia a percepção em torno de um ramo da criminalidade absolutamente desligado de qualquer traço de miserabilidade ou de patologias biogenéticas.[148] No entanto, é ponto de consenso que, apenas a partir da palestra proferida por Edwin Sutherland, às 20 horas, do dia 27.12.1939, no 34º Encontro Anual da Sociedade Americana de Sociologia, sob o

[146] Sobre o tema: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 85 e MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29.

[147] NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 52.

[148] BRAITHWAITE, John. White Collar Crime. *Annual Review of Sociology.* V. 11, 1985, p. 06.

título *White Collar Crimes,* é que a discussão em torno da criminalidade do colarinho branco alcançou efetiva atenção acadêmica.[149]

Partindo de pesquisa empírica acerca de ilícitos cometidos no seio das maiores empresas públicas e privadas dos EUA, Sutherland chegou, em síntese, a duas conclusões básicas:

(1) as pessoas que integram a camada socioeconômica mais elevada praticam delitos, no exercício de suas profissões, que guardam características específicas e diferenciadas da criminalidade usualmente praticada pelos indivíduos que integram os nichos mais miseráveis do tecido social;

(2) o tratamento normativo, investigativo e punitivo dispensado a tais ilícitos é mitigado e desproporcional em relação aos crimes violentos e dirigidos ao patrimônio individual, em que pese os danos materiais e imateriais muito mais significativos gerados pelos primeiros.

Posteriormente, a literatura passou a registrar diversas denominações e versões categóricas relacionadas à criminalidade do colarinho branco, tais como[150]: *occupational crime* (crime cometido no exercício de atividade profissional); *kavalierdelikt* (criminalidade de cavalheiros, integrada por pessoas respeitáveis, que gozam de respeitabilidade e *status* socioeconômico) e *crimes of the powerful* (crimes dos poderosos).

---

[149] A expressão *white collar* (colarinho branco) era utilizada mesmo antes da emergência dos estudos de Sutherland e teria sido empregada originalmente por Wright Mills para descrever a classe média norte-americana. Cf. TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. Número 28. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1999, p. 75. Segundo uma parcela da doutrina, a expressão seria uma contraposição ao colarinho azul, noção que remete à cor do macacão que era costumeiramente usado pelos operários da indústria automotiva e que se opunha ao colarinho branco das camisas sociais de empresários e funcionários de posição mais elevada. Cf. COLEMAN, James William. *A elite do crime*: para entender o crime do colarinho branco. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 06/07. Já para outros autores, a idéia de Sutherland era ironizar o livro intitulado "A autobiografia de um trabalhador de colarinho branco", de autoria de um ex-presidente da General Motors. Cf. SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white–collar? In: FARIA & SILVA, José de; COSTA, Marco Antonio Marques da (Coords). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1207.

[150] SILVA, Ivan Luiz da. *Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 166/167.

2.4.2.1 As principais características da criminalidade do colarinho branco

Embora o modelo inicialmente proposto por Sutherland tenha vinculação com o perfil socioeconômico dos autores dos delitos vislumbrados, modernamente, a perspectiva doutrinária tem centralizado a atenção não no perfil pessoal do delinquente, mas na forma de atuação, no objeto e nos efeitos dos comportamentos criminosos levados a efeito no âmbito do mundo dos negócios.

Dessa forma, a face objetiva da teoria da criminalidade do colarinho branco envolve os elementos distintivos do cometimento e do próprio delito em si, afastando-se do estigma de um Direito Penal do autor e aproximando-se de um Direito Penal do fato.[151] Sendo assim, a doutrina aponta algumas características típicas da delinquência do colarinho branco, tais como o perfil usual extremamente combativo (haja vista o alto custo e a consequente qualidade técnica elevada da defesa jurídica contratada)[152] e o emprego do chamado jogo da protelação.[153]

A título de sistematização, pode-se indicar que as principais características da delinquência do colarinho branco em sua roupagem identificada com a delinquência econômico-empresarial são as seguintes[154]: (1) a intangibilidade inicial dos

---

[151] SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco...* op. cit., p. 62/63.

[152] COLEMAN, James William. *A elite do crime...* op. cit., p. 248/250.

[153] Eis o trecho pertinente: "Quando seus crimes são descobertos, os criminosos do colarinho branco costumam usar uma série de técnicas para obstruir os processos na justiça. Nesse caso, uma das formais mais eficazes é o jogo da protelação. Geralmente a corporação se recusa a entregar às autoridades os dados e documentos solicitados pelos órgãos reguladores, o que prolonga a batalha jurídica pela obtenção de informações." Ibid., p. 291.

[154] Embora aproximados pelo maior entrelaçamento atual entre a Criminologia e o Direito Penal Econômico, há quem trace distinção, para fins didáticos, entre: crime do colarinho branco (delito cometido por uma pessoa de elevada reputação socioeconômica no exercício de sua atividade profissional); crime corporativo (crime cometido por meio de determinada empresa ou organização empresarial) e crime ocupacional (crime cometido no exercício de determinada atividade profissional). Nesse aspecto, o crime empresarial ou corporativo é tido como delito-estrutura, ou seja, aquele no qual a explicação causal da conduta está vinculada a fatores ambientais procedentes do grupo. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas...* op. cit., p. 51. Noutro giro, aponta-se que o crime ocupacional seria motivado pela ganância pessoal ao passo que o crime corporativo seria motivado pela ganância em prol da performance financeira da empresa. Sendo assim, enquanto o crime ocupacional tem um viés individual ligado a indivíduos movidos por interesses egoístas (chamados de maçãs podres ou *bad apples*), o crime corporativo estaria associado a falhas do sistema organizacional da empresa, que

comportamentos delituosos; (2) a substituição da violência pela tecnologia; (3) a dispersão da vitimização, da ofensividade e de seus consectários e (4) a dificultosa individualização da responsabilidade no contexto da complexa organização corporativa moderna.

2.4.2.1.1 A intangibilidade dos comportamentos delituosos

Os crimes do colarinho branco não são usualmente cometidos em locais de livre acesso ao público ou mesmo às autoridades estatais. Daí o motivo pelo qual a prática de tais ilegalidades não é perceptível ou comprovável facilmente num primeiro momento. Pode-se afirmar que seriam crimes invisíveis sob certa ótica, isto se comparados com a criminalidade violenta ou de sangue, de rastros materiais quase sempre evidentes a olho nu.

Trata-se dos chamados *suite crimes* ou crimes de escritório, confabulados e executados sorrateiramente em ambientes sigilosos, contrariando, portanto, o estereótipo tradicional do Direito Penal clássico baseado na criminalidade das ruas (*crimes of the streets*), como manifesta Bauman[155]:

> [...] os crimes “do topo da escala” são além disso terrivelmente difíceis de detectar. São perpetrados em um círculo íntimo de pessoas unidas pela cumplicidade mútua, a lealdade à organização e o esprit de corps, pessoas que geralmente tomam medidas eficazes para detectar, silenciar ou eliminar os que dão com a língua nos dentes. Eles exigem um nível de sofisticação legal e financeiro praticamente impossível de ser penetrado por quem está de fora, particularmente gente leiga ou não educada. E esses crimes não tem “corpo”, nenhuma substância física; “existem” no espaço etéreo, imaginário, da pura abstração: são literalmente invisíveis [...]

---

permitiria desvios ilegais e oportunidades delitivas praticados em benefício da própria corporação. Cf. GOTTSCHALK, Petter. Executive positions involved in white-collar crime. *Journal of Money Laundering Control*. V. 14, n. 4. London: Henry Stewart Publications, 2011, p.104/105.

[155] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 132.

2.4.2.1.2 A substituição da violência pela tecnologia

Os criminosos do colarinho branco valem-se das mesmas ferramentas que se encontram à disposição no mundo dos negócios. Logo, quanto ao *modus operandi*, o alarde da força bruta foi vantajosamente substituído pela sofisticação e pelo requinte de avançados artifícios tecnológicos, tais como a internet, a telefonia celular, as redes sociais, entre outros. Como expressa a precisa dicção doutrinária, a criminalidade do muque foi sobrepujada pela criminalidade da inteligência.[156] Sobre a comparação entre os meios abruptos da criminalidade das ruas e a sutileza dos crimes de escritório, vale trazer à colação a seguinte preleção:

> O ladrão que está na prisão não é necessariamente mais desonesto do que seus companheiros em geral, mas principalmente aquele que, por ignorância ou estupidez, rouba de uma maneira que não é costumeira. Ele arranca um pão do balcão do padeiro e é prontamente apanhado. Outro homem arrebata pão da mesa de centenas de viúvas e órfãos e semelhantes almas crédulas que não conhecem os caminhos dos impulsionadores da empresa; e, provavelmente, ele ingressará no Parlamento.[157]

---

[156] Sobre o tema, eis a impressão de Monet: "Criminólogos e policiais habituaram-se a distinguir entre a criminalidade 'comum', que repousa na violência praticada contra uma vítima precisa, e a criminalidade chamada 'de colarinho branco', porque acontece principalmente com empregados, quadros e membros de profissões liberais que exercem atividades intelectuais. Para retomar uma velha distinção de Gabriel Tarde, é a 'criminalidade da inteligência' oposta à 'criminalidade do muque'. Uma criminalidade que desmente tanto o adágio popular, que acha que o 'crime não compensa', como as lições que Voltaire desferia contra Rousseau sustentando que 'os grandes crimes só foram cometidos por célebres ignorantes': é preciso, atualmente, muita ciência e habilidade para ser um desses grandes malfeitores para os quais o crime dá lucro [...] A criminalidade do colarinho branco é coisa de indivíduos ou de grupos que dispõem de uma situação financeira e social apreciável e atestam um perfeito conhecimento dos procedimentos contábeis e bancários ou das técnicas informáticas – competências de que as agências repressivas tradicionais nem sempre dispõem, longe disso. De um ponto de vista prático, é uma forma de atividade em constante progresso, porque está intimamente ligada aos desenvolvimentos das trocas de bens e de serviços entre as organizações que ocupam o campo econômico e financeiro: bancos, empresas, comércio [...] Como toda atividade humana, com efeito, a criminalidade se move nos lugares onde estão as apostas e meios de poder. Isto é, atualmente, em direção às redes financeiras e às redes de informações. É mais fácil, mais rentável e menos arriscado atacar, de seu escritório ou de um terminal, um sistema bancário, com uma aposta de várias dezenas de milhões de francos, do que praticar o assalto a uma agência onde só se encontram, em média, 50 a 70 mil francos. Além disso, a primeira dessas duas formas de criminalidade é pouco visível e suas vítimas nem sempre são individualizáveis, o que aumenta as chances de impunidade." MONET, Jean Claude. *Polícias e sociedades na Europa.* São Paulo: Edusp, 2006, p. 190.

[157] Em tradução livre do seguinte trecho: "The thief who is in prison is not necessarily more dishonest than his fellows at large, but mostly one who, through ignorance or stupidity, steals in a way tha is not customary. He snatches a loaf from the baker´s counter and is promptly run into gaol. Another man snatches bread from the table of hundreds of widows and orphans and similar credulous souls who do not know the ways of company promoters; and, as likely as not, he is run into Parliament." Cf. GEIS, Gilbert. Upperworld Crime *apud* BLUMBERG, A. S. (Ed.). *Current Perspectives on Criminal Behavior*: original essays on criminology. New York: Knopf, 1974, p. 123/124.

2.4.2.1.3 A dispersão da vitimização e da ofensividade: consequências

A identificação de um único autor, de um único crime e, principalmente, de uma única vítima perfeitamente individualizáveis não configura o padrão característico da delinquência econômico-empresarial contemporânea. Pelo contrário, é comum que os delitos perpetrados nessa seara violem bens jurídicos difusos, ou seja, interesses e direitos não titulados particularmente, mas sim compartilhados indistintamente por uma coletividade indeterminada de pessoas, como ocorre, por exemplo, em crimes contra o sistema financeiro, contra o meio ambiente ou contra a ordem econômica.

Portanto, as violações legais nesse campo não são ataques simples e diretos entre indivíduos identificáveis de plano, o que gera a falsa impressão de um crime sem danos e sem vítimas[158], quando, em verdade, tais crimes são muito mais lesivos do que a delinquência patrimonial comum ou individual[159]. Daí porque os efeitos de tais crimes podem permanecer ocultos por muito tempo, mitigando ou mesmo anulando o sentimento de repulsa social, que é intenso quanto aos crimes comuns.[160]

Contribui também para a escassa percepção e a insipidez da reação da sociedade em face dos delitos econômico-empresariais o fato de que as notícias sobre a delinquência sanguinária têm forte presença e apelo nos meios de comunicação, despertando mais intensamente a atenção do que notícias sobre outros tipos de criminalidade. Nesse aspecto, cunhou-se a frase *if it bleeds, it*

[158] Sobre o tema, eis a análise de Inês Moreira Santos: "A aparente inexistência de vítimas, os actos despidos de violência ou a desnecessidade de ressocialização dos agentes que praticam este crime são idéias profundamente enraizadas no consciente colectivo, que não deixam no entanto, de constituir concepções erradas." SANTOS, Inês Moreira. Crime de colarinho branco – práticas inconfessáveis. In: FARIA & SILVA, José de; COSTA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1169.

[159] Nessa acepção, é o sentimento de Coleman: "O ônus desse crime é amplamente maior do que o do crime de rua. E, embora seja possível determinar com exatidão quantas pessoas são mortas ou sofrem lesões anualmente devido a esse tipo de crime, a afirmação de que esses crimes não causam danos físicos e não são violentos dificilmente poderia ser levada a sério." COLEMAN, James William. *A elite do crime*... op. cit., p. 17.

[160] SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco...* op. cit., p. 83.

leads[161] (em tradução livre: se há sangue, lidera-se a audiência) para expressar o principal critério norteador da pauta de muitos veículos de imprensa, o que acaba se refletindo na atração da opinião pública e do interesse de atores políticos.

Mesmo entre indivíduos supostamente mais instruídos, a perspectiva narrada não parece ser muito distinta. Nesse aspecto, em 1974, um estudo apontou que a maior parte dos universitários norte-americanos entendeu, à época, que os crimes envolvidos no caso Watergate (entre eles: falsificação de documentos públicos, lavagem de ativos, violação de comunicações privadas sigilosas etc.) seriam dotados de menor gravidade em comparação com crimes violentos.[162]

Na Espanha, embora se tenha percebido, a partir de 2005, um certo aumento do número de reportagens acerca de crimes de lavagem de ativos na imprensa, destacou-se também o tom alarmista e uma série de equívocos técnicos nas matérias, o que se deve à falta de hábito do meio jornalístico em lidar com o tema.[163]

2.4.2.1.4 A dificultosa individualização da responsabilidade no contexto da organização corporativa moderna

Seja pela divisão de tarefas e competências, seja pela diluição do poder decisório ao longo da cadeia estrutural de comando da empresa, fato é que a

---

[161] POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática*: génesis, desarrollo y costes. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19.

[162] BRAITHWAITE, John. Challenging just deserts: punishing white-collar criminals. *Journal of Criminal Law & Criminology.* V. 73. N. 2. North Western School of Law, 1982, p. 736. Disponível em:<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6311&context=jclc>. Acesso em: 22.06.2016. Relata o referido autor que o jornal *New York Times* noticiou, em 1931, que apenas quatro casos de desfalques no mercado financeiro geraram um prejuízo no montante de aproximadamente 9 milhões de dólares, sendo que os custos estimado das perdas pelo mesmo motivo, nos anos de 1929 a 1935, foi de cerca de 580 milhões de dólares. Outros estudos apontam que o prejuízo acarretado pelos crimes do colarinho branco excede o dos crimes patrimonais comuns (individuais) em pelo menos cinquenta vezes. Ibid., p. 743.

[163] GARCÍA MAGNA, Deborah; ISABEL CEREZO, Isabel. *Tratamiento del blanqueo de capitales por la prensa escrita*: análisis descriptivo y valorativo, p. 20/21. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-06.pdf>. Acesso em: 08.01.2017.

complexidade organizacional das megacorporações costuma dificultar, quando não invialibiliza, a identificação dos indivíduos responsáveis por determinados comportamentos e decisões ilegais. A estrutura de produção em modernas instituições empresariais é caracterizada pela divisão funcional de trabalho, o que se verifica tanto na vertente horizontal (agentes de idêntico nível hierárquico), quanto na vertical (agentes em níves hierárquicos distintos).

Sendo assim, há uma natural separação funcional entre o tomador da decisão, transmissores e os respectivos executores. O resultado do coquetel explosivo[164] conformado pelos novos riscos produtidos e a densidade organizativa do universo corporativo resulta no que Bernd Schünemann[165] denominou de irresponsabilidade organizada. Em verdade, a falta de transparência e a má organização da atividade empresarial – por vezes, propositais – propiciam as sombras que embaçam a individualização da imputação de comportamentos e responsabilidades criminais a membros de determinadas pessoas jurídicas.[166]

2.4.2.1.5 A imagem benévola do criminoso do colarinho branco

O elevado grau de integração e admiração dispensados pela sociedade, pela mídia e também por autoridades estatais aos criminosos do colarinho branco os afastam do estereótipo e, por conseguinte, dos destinos jurídico-penais da massa de criminosos comuns. De forma geral, a sociedade, os legisladores e grande parcela

[164] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico.* Buenos Aires: IBDEF, 2009, p. 52.

[165] 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*. 1988, p. 531. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>. Acesso em: 20.01.2017.

[166] ANTONIO LASCURAÍN, Juan. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 273.

do próprio Poder Judiciário não consideram o delinquente desse naipe como um autêntico malfeitor.[167] Ao revés, criminosos que vestem a fantasia de homens de negócios são enxergados até com certa idolatria, fato contra o qual se insurge Douglas Fischer[168]:

> É preciso acabar com a imagem benévola (do bom homem de negócios) atribuída, como regra, ao delinquente do colarinho branco [...] o ponto mais significativo que diferencia o criminoso do colarinho branco do criminoso comum reside nos conceitos que têm de si mesmos e do conceito que tem o público sobre eles. O criminoso comum se vê como um delinquente e assim é visto pelo público em geral. O criminoso do colarinho branco, ao contrário, se vê como um cidadão respeitável e, de modo geral, assim é considerado pelo público em geral. Seguindo a fórmula iluminista (ainda muito seguida quase que cegamente por muitos no Brasil), que visualiza a periculosidade apenas no criminoso de sangue – ou em outras fórmulas de criminalidade (também tradicional) violenta –, parcela bastante significativa da doutrina e jurisprudência (inclusive a própria sociedade, de modo geral), não se apercebeu (ou não enfrente com o devido rigor jurídico) de que a personalidade de criminosos dessa natureza desborda de todos os limites éticos toleráveis em um sociedade atual. Mais grave: a pauta comum revela que a reprovação social aumenta na medida em que a lesão deixa de afetar interesses públicos para lesionar interesses privados. Em razão disso, há uma indução a ignorar todas as gravíssimas consequências advindas de suas ações criminosas, guindadas e pautadas unicamente pela ganância em detrimento do corpo social.

Em que pese ser mais danoso que o infrator comum (que atenta contra interesses individuais) por retirar da sociedade e do erário recursos já escassos e que tanta falta fazem para a preservação da vida, saúde e dignidade de milhares de pessoas, o delinquente do colarinho branco segue com prestígio social e gozando do "benefício do negócio", como manifesta Shecaira[169]:

> [...] a própria comunidade, mediante a opinião pública, traduz alguma perplexidade em identificar tais fatos como delituosos. Muitas pessoas comuns não captam a essência danosa de alguns dos atos cometidos, normalmente identificados como crimes de colarinho-branco. Isto faz com que a própria legislação seja mais condescente com tais agentes, seja não

---

[167] Apenas à guisa de ilustração, registre-se que a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) realizou pesquisa na qual se revelou que o Supremo Tribunal Federal é negativamente avaliado por grande parte dos magistrados brasileiros de primeira e segunda instâncias. Em notas que vão de zero a dez, foi atribuída a nota 4,9 exatamente quanto à consideração de independência do órgão de cúpula da Justiça brasileira em relação às forças econômicas privadas. Cf. SADEK, Marita Tereza. Magistrado: *uma imagem em movimento.* Rio de Janeiro: FGV, 2006 *apud* ROS, Luciano da. *Difícil hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil.* In: Revista Direito GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, janeiro-junho/2013, p. 50. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/03_rev17_047-064_-_luciano_da_ros.pdf>. Acesso em: 27.01.2017.

[168] FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 29.

[169] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*... op. cit., p. 201/202.

> considerando tais atos delituosos, seja para conceder certas imunidades a seus autores, tais como: tribunais especiais, prisões diferenciadas, penas mais leves etc [...] Além disso, os legisladores respeitam os homens de negócios, não sendo concebível tratá-los como delinquentes. No período medieval algumas pessoas da sociedade eram beneficiadas com imunidadesquanto ao castigo, denominadas "benefício do clero". Hoje, tal imunidade relativa decorre do "benefício do negócio".

Os próprios homens de negócios não se veem como malfeitores, ainda que tenham plena ciência das proibições legais sobre determinados comportamentos, inclusive os que se encontram sob ameaça penal. A enorme crença na impunidade por parte da *business class* rememora o inusitado relato feito por Robert Mazur, agente policial da *Drug Enforcement Administration* (DEA), departamento da polícia norte-americana de combate ao narcotráfico, que, por alguns anos, atuou infiltrado em organização criminosa com funções específicas ligadas à lavagem de ativos.

O trabalho de Mazur resultou na deflagração da operação assim chamada C-Chase, na qual foram presos altos dirigentes do *Bank of Credit and Commerce International* (BCCI). Mazur, que ostentava no meio criminoso a alcunha de Robert Musella, relata a incredulidade de um dos executivos presos, que, mesmo diante das algemas, ainda pensava estar em uma festa de despedida de solteiros:

> O último do time era Syed Hussain, um executivo da área de contabilidade da filial do BCCI no Panamá. Hussain via em mim uma forma fácil de atingir a meta de atrair todo tipo de dinheiro, desde que a verba ajudasse a aumentar os dividendos no balanço final do banco. Hussain foi detido a caminho do que julgava ser minha despedida de solteiro. Quando as algemas clicaram em torno de seus pulsos, ele riu. Surpreso, o policial perguntou o que era tão engraçado. "Já estive em despedidas de solteiro como estas, em que as mulheres se vestem de tiras e agem como se estivessem prendendo você", ele disse, rindo. "Onde estão as mulheres?" Os policiais acharam graça, balançaram a cabeça em desaprovação e disseram: "Amigo, você tem que acordar e tomar um café. Isso não é nenhuma fantasia. Você está sendo preso".[170]

[170] MAZUR, Robert. *O infiltrado.* Tradução de Christian Schwartz e Liliana Negrello. Curitiba: Nossa Cultura, 2010, p. XI.

2.4.2.1.6 O déficit punitivo: das cifras negras às cifras douradas

Os grupos economicamente mais abastados tradicionalmente figuram como clientes indesejados e incomuns do sistema penal. Cite-se, como exemplo, o vetusto Código de Hammurabi que, em sua época, já graduava as consequências penais de acordo com a casta socioeconômica a que pertenciam os envolvidos em ilicitudes[171]. Nessa época, o não pagamento da sanção pecuniária prevista implicaria na aplicação da regra de Talião, fazendo com que as camadas sociais mais humildes permanecessem sujeitas a respostas penais mais rigorosas.

No Brasil, cite-se o caso muito similar da anistia criminal concedida a crimes econômicos (no caso: evasão de divisas, lavagem de ativos e crimes contra a ordem tributária) por meio da Lei n. 13.254, de 13.01.2016 (chamada de lei da repatriação de ativos), dirigida a indivíduos que possuíam divisas clandestinamente mantidas no exterior. Como se tal benesse já não bastasse, as notícias dão conta de que já se avizinha mais uma iniciativa legislativa no mesmo sentido.[172]

Do quadro exposto, constata-se que, seja pela inexistência, brandura ou revogação da imposição legislativa sancionatória, seja pela parca aplicabilidade concreta de punições, a criminalização primária e secundária[173] permanece ainda muito distante do universo dos colarinhos brancos, ressalvadas poucas exceções esporádicas.

---

[171] Eis os respectivos dispositivos: “Artigo 203. Se o filho de um homem a agrediu a face de outro filho de homem, que é igual a ele, pesará uma mina de prata. Artigo 204. Se um homem vulgar agrediu a face de outro que lhe é iugla, pesará dez siclos de prata. Artigo 204. Se um escravo de um homem agrediu a face de um filho de homem, cortarão a orelha”. Cf. BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias punitivas e legitimação.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 25.

[172] Conforme o Projeto de Lei n. 405/2016, que atualmente tramita no Congresso Nacional e disciplina a reabertura do prazo para adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, entre 01.02.2017 e 30.06.2017.

[173] No jargão criminológico, o mecanismo de produção de normas penais corresponde à criminalização primária ao passo que o mecanismo da aplicação dessas corresponde à criminalização secundária. Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161.

Embora diagnosticado há décadas, o déficit punitivo ou, para usar a terminologia criminológica mais moderna, as cifras negras (*dark numbers*)[174] ou douradas (no caso da criminalidade econômico-empresarial)[175] permanecem tendo lugar cativo na realidade atual do Direito Penal Econômico pátrio, evidenciando o inequívoco tratamento desigual entre crimes de ricos e crimes de pobres, o que, em última análise, afeta a credibilidade do sistema penal e a legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conclui-se, portanto, que, na atualidade do cenário jurídico-penal brasileiro, ainda se faz verossímil o diagnótico de Luís Roberto Barroso, segundo o qual, além de alguns outros defeitos, a justiça brasileira nutre uma certa "queda"[176] pelos mais ricos e seus crimes, o que explica a preservação do cinturão de impunidade que envolve a delinquência econômico-empresarial, conforme exposto na ilustração de Artur de Brito Gueiros Souza[177]:

---

[174] Cifra negra expressa a diferença entre a criminalidade real (delitos efetivamente cometidos) e a criminalidade aparente (conhecida pelos órgãos de controle). Sobre o tema, confira-se a impressão de Vera Regina Pereira de Andrade: "[...] os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos, danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados." ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 267.

[175] Expressão cunhada por Versele para designar o percentual oculto dos crimes praticados por agentes detentores de poder econômico-político e que o exercem impunemente em benfício próprio ou de uma minoria. Cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional.* Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

[176] Eis as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal: "Creio na justiça, apesar de saber que ela tarda, às vezes falha e tem uma queda pelos mais ricos. Mas a sociedade precisa de um sistema adequado de preservação de direitos, imposição de deveres e distribuição de riquezas." Cf. Trecho da entrevista concedida por Luís Roberto Barroso ao jornal Folha de São Paulo, 26.06.2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/06/1301377-luis-roberto-barroso-bem-justica-e-tolerancia.shtml>. Acesso em: 27jun.2016.

[177] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Brasília: ESMPU, 2011, p. 145.

> [...] ainda hoje, o criminoso do colarinho-branco goza de um cinturão de impunidade decorrente de múltiplos fatores. De toda sorte, ele não se vê como um infrator - como um bandido -, sendo tal percepção partilhada por grande parte de acadêmicos, legisladores e aplicadores do Direito Penal. A atividade investigativa de infrações que se subsumem ao âmbito do Direito Penal Econômico - para aqueles que bem a conhecem -, seja na esfera extrajudicial ou judicial, reveste-se de inúmeras vicissitudes, todas conspirando a favor dos autores dessa criminalidade e, por conseguinte, da impunidade. No Brasil, v.g., criam-se, replicam-se e aplicam-se teses convenientemente desenvolvidas para a faixa de delitos onde prepondera o alto empresariado, banqueiros e os homens de negócios. O esgotamento da instância administrativa como elemento do tipo ou pressuposto de punibilidade para os delitos tributários; o pagamento ou parcelamento, a qualquer tempo, com a suspensão ou extinção da punibilidade para os mesmos delitos tributários, olvidando-se, por completo, da extensão de tal benesse para os clássicos delitos contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça [...] importações de teorias descontextualizadas dos respectivos ordenamentos jurídicos, como, v.g., a incidência de um ne bis in idem entre a sanção administrativa e a sanção penal, em favor - é claro! - da primeira em detrimento da segunda, teoria essa abrasileirada, acriticamente, do Direito espanhol [...]

2.4.3 A teoria da neutralização

Formulada em meados dos anos 50 do século passado no marco explicativo da delinquência juvenil, a teoria da neutralização (*neutralization theory*), também chamada de teoria da auto-justificação, tem sua aplicabilidade estendida à delinquência econômica. No campo dos delitos econômicos, as argumentações ligadas à teoria da neutralização buscam fazer crer que a conduta delitiva é normal a ponto de justificar até mesmo um suposto direito à sua realização.

Em sua essência, a tese da auto-justificação prega que os delinquentes compartilham valores convencionais da sociedade de modo que aprendem a lançar mão de técnicas de racionalização da conduta desviada dos padrões legais.[178] Aliás, uma das funções principais do espírito criminal de grupo é construir e preservar uma moral peculiar alternativa, que, em vez de combater, procura justificar o comportamentos delitivos havidos em prol da organização. Os argumentos básicos concernentes à teoria da neutralização e que se revelam coadunados à criminalidade econômico-empresarial podem ser compilados nos moldes a seguir expostos[179]:

---

[178] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*... op. cit., p. 841.

[179] NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*... op. cit., p. 58.

(1) negação da responsabilidade (*denial of responsibility*), como, por exemplo, por meio da imputação da causalidade a recessões econômicas ou acidentes mercadológicos que não deixaram outras alternativas a não ser o caminho criminoso;

(2) a negação do dano (*denial of injury*), como se dá, por exemplo, quanto à alegação de que não há abalo significativo à ordem tributária ou econômica a partir da prática de apenas um delito;

(3) a negação da vítima (*denial of victim*), ou seja, a alegação de que não houve prejuízos físicos ou tangíveis a indivíduos identificáveis;

(4) a censura aos críticos da conduta (*condemnation of the condemners*), como, por exemplo, a alegação de que autoridades de persecução penal são inexperientes e leigas a ponto de pouco ou nada entenderem sobre as circunstâncias e tecnicidades do mundo dos negócios;

(5) a apelação a questões supralegais, com, por exemplo, a defesa da prevalência do imperativo de salvaguarda da empresa como fonte de empregos e tributos sobre quaisquer outros valores, ainda que legalmente tutelados[180].

[180] São fartas e convergentes as apresentações doutrinárias sobre as técnicas de neutralização. García-Pablos de Molina elenca as técnicas de neutralização da seguinte forma: a exclusão da própria responsabilidade; a negação da ilicitude e nocividade do comportamento; a desqualificação dos críticos; a arguição da inexistência de vítima e a invocação de instâncias e motivos superiores. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*... op. cit., p. 843. A seu turno, Gottschalk assim classifica as técnicas de neutralização frequentemente utilizadas por criminosos do colarinho branco: negação de responsabilidade pessoal (*denial of responsibility*), negação de dano significativo (*denial of injury*) , negação de vitimização (*denial of victim*), condenação dos condenadores (condemnation of the condemners), apelo à lealdade (*appeal to higher loyalties*) e apelação à adequação social (*everyone is doing it*). Cf. GOTTSCHALK, Petter. Executive positions involved in white-collar crime. *Journal of Money Laundering Control*. V. 14, n. 4. London: Henry Stewart Publications, 2011, p. 105. Citando a sistematização feita por Sykes e Marza, em 1957, a doutrina portuguesa apresenta os métodos de justificação assim: leis são vagas e ambíguas; houve um acidente e não um ato calculado; não houve dano e sim benefício econômico resultante do ato; não houve vítimas concretas; as leis violadas são um entrave à liberdade econômica e, por fim, o ato foi essencial para preservar a empresa como fonte de empregos e tributos. Cf. CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras. In: CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita (Coords.). *Infrações econômicas e financeiras*: estudos de criminologia e direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 164. Em seus termos, Berger também prenuncia as técnicas de neutralização (*neutralization theory*) da seguinte linha: *denial of responsibility*; *denial of injury*; *denial of the victim* e *condemnation of the*

A doutrina brasileira também reconhece a intensa incidência da teoria da neutralização no âmbito do Direito Penal Econômico, conforme o dizer de Ela Wiecko Volkmer de Castilho[181]:

> Determinadas classes ou grupos sociais desenvolvem estratégias de contenção ou neutralização das normas penais quando estas podem afetar seus interesses de classe. Ocorre, então, dissociação entre normas sociais e penais. É o caso dos crimes econômicos em que slogans como "economia de mercado", "liberdade de empresa" etc. são utilizados, às vezes, como pretexto, justificação ou escusa aos mais graves atentados a interesses econômicos coletivos.

2.4.4 A Análise Econômica do Direito: o movimento *Law & Economics*

O conceito de eficiência ganhou relevo no mundo do Direito a partir da proposição da aplicação de dados e conceitos da teoria econômica para explicação de problemas jurídicos, o que foi impulsionado pela proeminência do discurso neoliberal.[182]

Assim surgiu, no âmbito da Universidade de Chicago (daí se falar em Escola Econômica de Chicago), o movimento *Law & Economics*, que propôs a assim chamada Análise Econômica do Direito (AED), corrente de pensamento metodológico que originou a publicação de vários periódicos (ex.: *Journal of Law and Economics, American Law and Economics Review, Journal of Legal Studies,* entre outros) em meados do século passado.

Costuma-se apontar como marco inicial desse movimento a publicação, em 1960, do artigo intitulado *The problem of social cost*, da autoria de Ronald H. Coase, no qual, em síntese, foi apreciado o custo da proteção jurídica a determinados

---

condenmners. Cf. BERGER, Ronald J. *White-collar crime.* The abuse of corporate and government power*.* Boulder/Colorado: Lynne Rienner, 2011, p. 36/39.

[181] CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional...* op. cit., p. 43.

[182] ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

interesses e a eficácia dessa alocação de recursos.[183] Richard Posner foi outro expoente dessa corrente, principalmente por conta do lançamento da obra de sua autoria intitulada *Economic Analysis of Law*, publicada em 1973, tendo deixado, posteriormente, a Escola de Chicago para ser juiz da Suprema Corte dos EUA, onde permaneceu até 1981.

2.4.4.1 A teoria da escolha racional

Baseada em premissas do utilitarismo iluminista e antropocentrista[184], cujos precursores mais conhecidos foram Bentham[185] e Beccaria[186], surge, no contexto do movimento *Law & Economics*, a teoria da escolha racional (*rational choice theory*), que consiste na consideração de que o ser humano faz, via de regra, uma

---

[183] NUSDEO, Ana Maria de Oliveria. *Defesa da concorrência e globalização econômica*: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 176.

[184] O utilitarismo é uma teoria desenvolvida, em sua versão clássica, por Jeremy Bentham, que se refere à influência da busca pela maximização da utilidade e felicidade no comportamento humano. Os principais enunciados da doutrina utilitarista são os seguintes: (1) o indivíduo se comporta de forma a obter o maior benefício, felicidade e prazer possíveis e (2) o valor moral de uma ação é medido de acordo com o benefício ou prejuízo de suas consequências. Em suma, na visão utilitarista, o indivíduo mira o futuro e as melhores consequências possíveis de seu ato. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*: limites da intervenção do Estado da liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 67/68.

[185] Valendo-se da pressuposição de racionalidade do ser humano, Bentham e Beccaria desenvolvem ideias semelhantes sobre a correlação proporcional entre crime e, mais do que o rigor, a certeza da aplicação da pena. Nesse tom, assim discorre Bentham: “Primeira regra - É necessário que o mal da pena seja maior que o interesse que se pode tirar do crime. Por esta palavra interesse não entendo somente o dinheiro; mas qualquer vantagem é a fora real, ou aparente, que deu motivo ao delito. O interesse é a força, que leva o homem a arrojar-se ao crime; a pena é a força, que se emprega para o desviar. Se a primeira é maior, temos o homem criminoso; se a segunda é mais forte, não se verificará o crime: donde se segue, que se o réu achar o interesse, que recebeu pelo seu delito, maior e mais a seu jeito que o mal da pena que sofreu pelo ter cometido, é bem natural que o torne outra vez a cometer sem haver quem o sustenha: a pena, em tal caso, vem a ser nula; porque o não pode atemorizar; e o Povo, observando que a balança do ganho inclina a favor do criminoso, de nada lhe poderá servir o exemplo que podia tirar do castigo.” BENTHAN, Jeremy. *Teoria das penas legais*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 30/31.

[186] A seu turno, Beccaria assim dispôs: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 80.

ponderação de interesses antes de tomar decisões e atitudes, levando em consideração os benefícios e possíveis prejuízos ou sanções decorrentes. Assim, esse postulado se afasta do determinismo característico dos pressupostos positivistas e aproxima-se da explicação da criminalidade a partir da ideia de racionalidade humana.

O marco inicial dessa vertente econômico-criminológica é o trabalho intitulado *Crime and punishment: an economic approach*, publicado, em 1968, por Gary Stanley Becker[187], também professor da Universidade de Chicago. Tal artigo sintetizou, em equação matemática[188], o modelo denominado de utilidade subjetiva esperada no qual é contrastada a probabilidade de punição do agente com a utilidade (previsão dos ganhos propiciados pela prática criminosa).

O pressuposto fundamental da teoria da escolha racional e do próprio movimento *Law & Economics* é a premissa genérica de que seres humanos são, via de regra, indivíduos racionais que decidem seus comportamentos sob considerações de custos e benefícios, competindo ao Estado estipular estímulos para intervir nesse processo equilibrado de tomada de decisões.[189]

Em que pese o apontamento posterior de outras variáveis (ex.: ameaças de sanção informal; custos resultantes do cumprimento da lei; autoestima; inibições morais)[190], a teoria da escolha racional possui inegável apetência para espelhar a

---

[187] BECKER, Gary S. *Crime and punishment*: an economic approach. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 25nov.2016. Noticia-se Gary Becker teria começado a refletir sobre a questão eleição racional enquanto diriga seu automóvel e, atrasado para aplicar uma prova oral na Universidade de Columbia, teve de decidir entre estacionar o veículo em local proibido e arriscar-se a ser penalizado com multa ou estacionar em local mais distante e atrasar-se ainda mais. Esse rápido cálculo entre a chance de ser punido, o custo da punição e a vantagem derivada do ilícito fez com esse fosse o tema da primeira pergunta então formulada ao aluno que o aguardava. A partir de então, teria se desencadeado o processo de reflexão que resultou na teoria da escolha racional. Cf. BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*. V. 101. N. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 386 *apud* JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura crimógena à cultura do compliance... op. cit., p. 1038.

[188] Eis a fórmula simplificada: EU = p U(Y-f) + (1-P) U(Y). Nessa síntese, EU é a utilidade esperada; P é a probabilidade de ser descoberto e punido; U é a utilidade do crime; Y representa os ganhos do crime quando este não é detectado e Y-f signica os ganhos do crime quando o mesmo é sancionado. Cf. CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional... op. cit., p. 160.

[189] ROEMER, Andrés. *Economía del crimen.* México: Noriega Editores, 2012, p. 38.

[190] Outras supostas lacunas são apontadas na fundamentação da teoria da escolha racional, tais como: (1) a aparente desconsideração de pessoas mentalmente doentes e irracionais de forma geral que sejam incapazes de realizar ponderação custo-benefício e (2) o desprezo de outros fatores individuais ou ambientais que possam influir na decisão comportamental (ex.: idade, nível de

mentalidade que está por detrás da criminalidade do crime do colarinho branco, haja vista que, via de regra, os delitos havidos nessa seara não decorrem de impulsos ou rompantes, mas da premeditação e da análise do custo-benefício, características típicas do mercado econômico-financeiro. A própria lógica do mundo dos negócios envolve permanente ponderação das atividades produtivas desempenhadas, haja vista que a generalidade das sociedades empresariais e dos homens de negócios procuram, em seus respectivos ramos de mercado, maximizar lucros e minimizar custos.[191]

No mesmo tom, Tiedemann[192] assevera que a teoria econômica da criminalidade possui singular capacidade de explicação sobre a criminalidade econômica, na qual o delinquente assume a roupagem de *homo aeconomicus.* No campo empresarial, o caminho do crime é trilhado apenas quando os benefícios e recompensas esperados por meio do cometimento delitivo são maiores e mais atraentes que os benefícios e recompensas ofertados pelo caminho da legalidade. Por tal razão, o Estado deve procurar fazer com que a decisão pelo crime se torne o mais cara possível ou, ao menos, mais custosa do que a obediência ao ordenamento jurídico-penal.[193]

---

inteligência, laços sociais e familiares etc.). Cf. OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 128.

[191] CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras... op. cit., p. 157/158. Há consenso sobre a aplicabilidade e rendimento explicativa da teoria da eleição racional no campo dos delitos econômicos, uma vez que tanto autores individuais, quanto corporações ostentam usualmente uma maior capacidade de avaliar custos e benefícios, em comparação com a criminalidade das ruas, de massas ou violenta. Assim se afirma, uma vez que a condução de uma organização empresarial comporta um processo habitual e razoavelmente repetitivo de tomada de decisões a partir de informações predispostas para profissionais especialistas em seus respectivos ramos de atividades. Tais fatores ampliam consideravelmente a eficiência dos cálculos de riscos e a análise da compatibilidade legal dos comportamentos adotados (ex.: participação em uma licitação ou realização de determinada operação financeira). Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*... op. cit., p. 55/56.

[192] TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 51.

[193] A certeza e a celeridade do sancionamento são aspectos que vinculam a teoria da escolha racional à teoria dissuasória da pena (*deterrence theory*), segundo a qual quanto maior a inevitabilidade da punição, menor será a probabilidade de que o indivíduo venha a decidir pelo cometimento do crime do colarinho branco. Cf. CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras. In: CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita (Coords.). *Infrações econômicas e financeiras*: estudos de criminologia e direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 159. O mesmo entendimento é

A disposição para o acatamento das normas penais não opera quando sua infração se faz especialmente atrativa e essa disposição diminui na exata medida que os indivíduos percebem que o infrator não é sancionado ou o é de forma amenizada. Vale sublinhar também que, ao custo social da benevolência com a delinquência do colarinho branco, deve-se acrescentar o efeito incitador que essa situação exerce sobre terceiros, seja sob o ângulo da aprendizagem social, seja pelo ângulo da escolha racional. Nesse sentido, segue a impressão de Silva Sánchez[194]:

> O Direito Penal, para ser eficaz em sua pretensão de lograr a eficiência social, deve, definitivamente, configurar suas normas partindo do princípio de que os sujeitos destinatários destas leis vão realizar um cálculo de eficiência. Tal apreciação conduz a um Direito preventivo – ou, mais concretamente, preventivo-geral – e, enfim, embasado de modo central na dissuasão: prevenção geral negativa ou intimidatória (deterrence).

Dois aspectos relevantes para o direito penal econômico podem ser extraídos do movimento *Law and Economics* e da decorrente teoria da escolha racional.

A uma, chama-se a atenção para a importância de se evitar que, sob qualquer ângulo, o crime compense aqueles que a ele se dedicam.[195] Nessa toada,

---

adotado por Ignacio Anitua: "É para esse indivíduo calculista que seria destinada a teoria da prevenção geral negativa, ou da intimidação da pena concreta, pois a função de intimidação deve necessariamente consistir em incrementar os custos para o futuro delinquente. A análise econômica do direito refletiria, do mesmo modo, sobre o próprio sistema de justiça, que também deve fazer o cálculo econômico para impor penas concretas que logrem melhores resultados a custos menores." IGNACIO ANITUA, Gabriel. *História dos pensamentos criminológicos.* Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 793.

[194] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal.* Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 26.

[195] A influência do tema na teoria da pena é intensa, principalmente em se tratando da criminalidade econômico-empresarial. No entanto, segundo a opinião de Ana Luiza Barbosa de Sá, penalidades administrativas e pecuniárias seriam suficientes para enfrentar os ilícitos econômicos, pois tais sanções causam maior impacto na vida de um empresário do que a sanção penal devido à celeridade e ao amplo poder de investigação do BACEN e da CVM. Cf. SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Controle racional das normas de direito penal econômico*... op. cit., p. 51. Já para uma outra corrente de pensamento, e que parece ser mais alinhada à realidade, as sanções pecuniárias e administrativas não surtem efeitos inibidores da criminalidade econômico-empresarial, como bem expressa Bakan: "Para uma corporação, cumprir a lei é uma questão de custos e benefícios, como todo o resto [...] se a chance de ser pego pela lei e as penalidades forem menores do que os custos de obedecer à lei, os executivos entendem isso apenas como uma decisão de negócios Os executivos, quando decidem se vão cumprir ou violar a lei, comportam-se de maneira racional e tomam decisões mais eficientes do ponto de vista dos custos. Nesse sentido, eles questionam: qual é a penalidade, qual é a probabilidade de ser pego, quanto isso aumenta o custo, quanto custa cumprir a lei e qual é o custo maior? [...] A visão prática dos negócios é a de que uma multa é um custo adicional de fazer negócios. Uma atividade proibida não é inibida pela ameaça de uma multa enquanto os lucros previstos para essa atividade superarem o valor da multa multiplicada pela probabilidade de ser detido e condenado. Considerando o valor médio das multas, a detenção é improvável na maioria dos casos. O argumento é ainda mais óbvio quando se trata da prevenção da reincidência. A corporação, uma vez condenada e multada, simplesmente terá aprendido como apagar seus rastros melhor." Cf.

torna-se nítida a relação da teoria da escolha racional com a tipificação do crime de lavagem de ativos e a estratégia de persecução denominada de seguimento do dinheiro (*follow the money*), uma vez que tais iniciativas visam a incrementar os custos da decisão de delinquir, diminuindo, por conseguinte, a atratividade econômica do crime (conforme exposto no item 3.3.1).

A duas, a teoria da escolha racional enfatiza também a forte influência da cultura corporativa na determinação no processo de tomada de decisões e condutas individuais de seus integrantes, bem como faz refletir acerca da possibilidade de bloqueio de oportunidades delitivas por meio de possíveis intervenções no ambiente de convivência grupal.[196] A sensação de proteção e anonimato no contexto de um agrupamento faz com que as decisões pessoais sejam mais propensas à assunção de riscos penais.[197] Essa correlação é reconhecida pela hodierna doutrina[198]:

> Apesar de a decisão de cumprimento ou não cumprimento da lei ser tomada por indivíduos, importa ter em conta a influência do contexto onde estão inseridos, que no caso do crime empresarial corresponde ao contexto organizacional onde exercem funções profissionais. Aqueles que cometem crimes do colarinho branco são influenciados pelas características e imperativos da organização, por um lado, e pelo contexto situacional, por outro. Cada organização tem uma cultura própria, regula-se por códigos de conduta específicos e reage de diferentes formas aos altos e baixos que caracterizam o sistema econômico.

Tais implicações rementem à teoria da prevenção situacional e à teoria dos desvios cognitivos, que serão abordadas a seguir.

BAKAN, Joel. *A corporação*: a busca patológica por lucro e poder. Tradução de Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito, 2008, p. 95/96.

[196] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica,* p. 119. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>. Acesso em: 07jan.2017.

[197] NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas... op. cit., p. 56.

[198] CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras... op. cit., p. 163.

2.4.5 A teoria da prevenção situacional

Entre os romanos, entendia-se, sob várias versões, que o cheiro do lucro é bom, seja qual for a sua proveniência (*lucri bonus est odor ex re).*[199] Assim era na Antiguidade e, de certa forma, continua sendo em determinados nichos do mercado econômico contemporâneo, onde a extrema competitividade e a busca do lucro a qualquer preço tornam vulnerável a fronteira entre liberdade e legalidade.

Nessa toada, entre os motivos que levam à prática de crimes do colarinho branco, a concorrência desmedida figura no topo das justificativas, seguida pela necessidade de lucros crescentes.

Diante desse contexto, a figura do administrador, personificado modernamente no *Chief Executive Officer* (CEO), é usualmente responsabilizada tanto por êxitos, quanto por insucessos na busca de ambiciosas metas financeiras e produtivas. Como tal indivíduo tem o poder de traçar o direcionamento de toda a organização corporativa, é comum que os membros da instituição empresarial valham-se dos meios disponíveis, ora legais, ora nem tanto, na persecução da vitória sobre os demais competidores mercadológicos, o que, em essência, pode equivaler à própria subsistência do negócio e dos empregos nele integrados. Nessas premissas, baseia-se boa parte da teorização acerca dos crimes econômico-empresariais (*theory of profit-driven crime*).[200]

Paralelamente, a teoria da prevenção situacional, também chamada de teoria da oportunidade ambiental ou situacional, indica que, no que tange ao Direito Penal Econômico, a explicação dos altos índices de criminalidade verificado nas sociedades avançadas se deve ao aumento das oportunidades criminosas decorrentes da interação cada vez mais necessária e rotineira entre os seres humanos. Nessa perspectiva, o aumento da taxa de crimes econômicos é motivado

---

[199] TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 806.

[200] GOTTSCHALK, Petter. *Policing white-collar crime*: characteristics of white-collar criminals. New York: CRC Press, 2014, p. 160.

pela convergência de três elementos[201]: delinquentes motivados (*motivated offenders*); alvos apropriados (*suitable targets*) e ausência de fiscais capacitados (*absence of capable guardians*).

Na conjuntura da criminalidade do colarinho branco, o comportamento individual não pode ser compreendido adequadamente de forma isolada, ou seja, sem a sua inserção no ambiente social em que tais comportamentos são praticados. Por conseguinte, a evitação delitiva deve ter seu foco voltado para o mecanismo de realização do delito e não para causas pontuais relativas à pessoa do delinquente (*bad apples*).[202]

A teoria da prevenção situacional chama a atenção para as vias de cometimento do delito em contextos grupais com o fim de propor medidas que diminuam as possibilidades de delinquir. Essa proposição ganha relevo, a partir dos anos 90 do século passado, em paralelo com o fenômeno da autorregulação corporativa, no bojo do debate sobre quem deve suportar os ônus da proteção a interesses sociais envolvidos na atividade econômica.

O sistema capitalista atual, chamado de capitalismo financeiro, produz um ambiente perfeito para difusão de culturas corporativas viciadas, entorno ideal para o cometimento de crimes do colarinho branco motivados pela competitividade entre instituições de grande investimento e estruturas nas quais a obtenção de benefícios a curto prazo constitui demanda ligada à estabilidade institucional e, por conseguinte, à preservação dos respectivos postos de trabalho.[203]

---

[201] BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-collar crime*: an opportunity perspective. New York: Taylor & Francis, 2009, p. 119. No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas... op. cit., p. 59.

[202] Explicar comportamentos desviados exclusivamente como frutos da ação pontual de maus profissionais (no jargão criminológico, maças podres ou *bad apples*) é subestimar a importante influência do contexto organizacional na criminalidade empresarial. É preciso, pois, analisar a interação entre fatores individuais e a contribuição contextual. Ainda que tradicionalmente se atribuam comportamentos desviados a opções e predisposições individuais, a criminalidade empresarial decorre, em grande medida, de um problema de gestão e a principal conclusão é a de que as organizações corporativas podem reduzi-la com uma gestão ética e legalmente adequada. Nesse sentido: WILKS, Daniela. Comportamentos desviantes nas organizações: más pessoas vs. más organizações. In: CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita (Coords.). *Infrações econômicas e financeiras:* estudos de criminologia e direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 247.

[203] Sobre a ligação entre a teoria da prevenção situacional e a criminalidade do colarinho branco, eis a impressão de Cláudia Maria Cruz Santos: “A adequação da prevenção situacional à criminalidade de white-collar prende-se, segundo cremos, essencialmente com a natureza e as já mencionadas características da mesma. Como se viu, a complexidade das condutas conjugada com a opacidade dos espaços onde correm origina uma enorme dificuldade na sua detecção e sancionamento. Os

Em síntese, pode-se dizer que a teoria da prevenção situacional consiste na afirmação de que a estruturação da instituição empresarial deve priorizar a diminuição das oportunidades delitivas mediante centralização de atenção e investimentos: (1) na vigilância e controle da formação de gestores; (2) na promoção da transparência pública das informações corporativas e (3) na qualidade ética e legal das condutas da empresa e de seus representantes.[204]

2.4.5.1 A importância da cultura corporativa e sua influência na criminalidade individual

Desde a década de 1980, difundiu-se a ideia de que organizações corporativas possuem, cada qual, uma distinta cultura de comportamento econômico-profissional (*behavior economics*).[205] Essa ideia engloba os ensinamentos passados aos membros do respectivo grupo quanto à expectativa da corporação sobre o modo cotidiano como os mesmos devem se comportar ao agirem em seu nome.

Sendo assim, por cultura corporativa, deve-se entender o conjunto de conhecimentos, hábitos e valores coletivamente compartilhados no seio corporativo e que pautam as atitudes, comportamentos e relações profissionais dos empregados entre si e com agentes externos à empresa. Em outras palavras, a cultura corporativa pode ser definida como um padrão de premissas básicas vigentes,

---

riscos são, por isso, pequenos e o possível lucro é grande. Ponderação esta que, associada à existência das oportunidades para infringir potenciadas pelo ocupar de uma posição de confiança, faz perder a balança da escolha racional par ao lado do comportamento criminoso. Eis a razão pela qual nos parece claro que o aumento do risco de detecção e sancionamento, provocado pela diminuição das oportunidades, pode funcionar como um importante estímulo para o cumprimento das normas pelos potenciais criminosos de colarinho branco." Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco...* op. cit., p. 178.

[204] CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras... op. cit., p. 165/166.

[205] SILVA, Douglas Rodrigues. Compliance e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (behavior economics) – o caso publicidade infantil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). *Compliance e direito penal.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

formal ou informalmente, no seio de um grupo empresarial e que servem para orientação da atuação, externa e interna, de seus membros.[206]

Na atualidade, multiplicam-se progressivamente as conclusões acadêmicas no sentido do reconhecimento de que os valores prevalecentes no âmbito corporativo afetam, significativamente, a tendência comportamental de seus membros, o que se verifica tanto no aspecto positivo (de alinhamento ao sistema legal), quanto no aspecto negativo (de propensão à criminalidade).

Essa influência pode ser explicada pelo desejo inconsciente da maioria das pessoas de se comportar de acordo com as expectativas alheias e de não serem rejeitadas, sobretudo em se tratando de ambientes profissionais competitivos. Aliás, tal fator já era preconizado pela teoria da associação diferencial que, em sua essência, também discorre sobre o modo como indivíduos submetidos a determinado ambiente absorvem racionalizações capazes de neutralizar suas reservas éticas e legais, ainda que apenas eventualmente.

É importante frisar, no entanto, que o reconhecimento da influência do ambiente corporativo na racionalização individual não equivale à determinação imperativa ou absoluta da conduta pessoal de agentes que convivem grupalmente. Por óbvio, não há qualquer fundamento para chancelar qualquer espécie de determinismo. O que o estudos mais recentes nos campos da psicologia social e das dinâmicas de grupo atestam, inclusive, por meio da teoria dos desvios cognitivos, é a possível correlação, em diferentes graus, entre a cultura vigente em uma corporação e a conduta de seus agentes.

Destarte, o estabelecimento claro da postura de uma pessoa jurídica empresária atende a duas finalidades, quais sejam: a padronização da solução de problemas e a minimização do grau de incerteza quanto ao comportamento

---

[206] Sobre o tema, a doutrina estrangeira especifica os objetivos buscados por meio do estabelecimento expresso da cultura corporativa: “Organizational properties and dynamics are relevant to explain both corporate behavior and individual agency in the following ways: (1) corporate behavior is shaped by its organizational traits; (2) corporate noncompliance might be the result of organizational incompetence; (3) organizational factors influence individual choice of action of corporate officials.” Cf.SLYKE, Shanna R. Van; BENSON, Michael; CULLEN, Francis. *The Oxford handbook of white collar crime.* New York: Oxford University Press, 2016, p. 436. Em tradução livre: “As peculiaridades e dinâmicas organizacionais são relevantes para explicar tanto o comportamento corporativo, quanto o modo de agir individual nos seguintes termos: (1) o comportamento corporativo é modelado pelas convenções organizacionais; (2) o não cumprimento normativo por parte da corporação deve ser o resultado da incompetência organizacional; (3) fatores organizacionais influenciam escolhas individuais de ação dos empregados da corporação.”

esperado daqueles que atuam em nome ou em benefício da corporação. É exatamente nesse aspecto que se considera que os superiores hierárquicos da corporação desempenham um papel crucial no dilema legalidade-delinquência, seja porque servem naturalmente de exemplo para seus subordinados, seja porque detêm o poder de definir qual será a diretriz da empresa (ex.: critérios sobre recompensas, promoções e a própria seleção de trabalhadores).

Portanto, os mecanismos de cobrança aos funcionários quanto ao atingimento das metas de produtividade e lucratividade devem integrar o rol de responsabilidades dos dirigentes de qualquer instituição empresarial tanto quanto o estabelecimento de controles eficazes sobre o acatamento das determinações e proibições legais, principalmente as de cunho penal. Em suma, cabe ao gestor modelar o comportamento esperado de todos os integrantes da corporação, estabelecendo claramente os objetivos e os meios considerados corretos para alcançá-los.

2.4.5.2 A teoria dos desvios cognitivos (*sesgos cognitivos* ou *cognitive biases*)

Uma organização empresarial acometida de focos crimógenos é capaz de impulsionar o comportamento de empregados e dirigentes na direção da adoção de posturas tendentes a afrontar o Direito Penal, principalmente por conta da busca desenfreada por metas pessoais e coletivas.[207] A partir dessa constatação, desenvolvem-se estudos que pretendem explicar o comportamento criminoso havido no seio corporativo sob duas vertentes: o movimento *behavioral law and economics* e a psicologia social sobre dinâmicas de grupo.[208]

De um lado, o movimento *behavioral law and economics* propõe um padrão teórico da conduta humana de forma distinta da teoria da escolha racional em seu formato original. Seu objetivo é demonstrar que as pessoas, quer individualmente, quer em grupo, não agem como perfeitos agentes racionais o tempo todo, nem

[207] Cf. GREEN, Gary S. *Occupational Crime.* Washington: Library of Congress, 1990, p. 99.

[208] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa.* Buenos Aires: IBDEF, 2013, p. 206/208.

calculam exaustivamente cada passo de suas vidas, inclusive e principalmente, no campo profissional.

Noutro giro, a psicologia social discorre sobre dinâmicas de grupo, estudando a influência de determinados ambientes grupais em face do comportamento individual. A premissa básica dessa disciplina ancora-se na afirmativa de que as decisões pessoais são, via de regra, condicionadas por forças situacionais, o que afasta, em parte, o absolutismo do livre arbítrio.

Dessa forma, ainda que despercebidamente, os indivíduos passariam a adotar novos padrões de conduta por se encontrarem em novas situações (ex.: pressão para agir conforme determinada coletividade). Em suma, as investigações no seio da psicologia social mostram a intensa influência que exercem os grupos sobre a forma de decidir e se comportar dos indivíduos que os compõem.

Logo, o ponto de partida da moderna discussão em torno das responsabilidades individuais no contexto das estruturas empresariais assenta-se, de um lado, nos postulados da *behavioral law and economics* (mitigação do racionalismo estrito, embora reconhecendo a relevância da regra de análise do custo-benefício do comportamento) e, por outro lado, nos ensinamentos da psicologia social acerca das dinâmicas de convivência grupal.

Nesse contexto, a teoria dos desvios cognitivos (*sesgos cognitivos,* em idioma espanhol, ou *cognitive biases*, em idioma inglês) se ampara na influência da cultura empresarial da instituição sobre indivíduos que, embora racionais, ocupam posições integradas na estrutura corporativa e, nessa condição, estão sujeitos ao poder das forças situacionais. Isto significa dizer que tais agentes nem sempre se comportam segundo sua exclusiva disposição interna.

Considera-se que, embora acostumadas a elegerem a forma de se comportar, sobretudo em ambientes conhecidos (ex.: família, vizinhança etc.), ao acessarem novos ambientes, as pessoas tendem a assumir novos padrões de conduta, o que se dá muitas das vezes de maneira imperceptível. Sobre a importância dos estudos de psicologia social sobre dinâmicas de grupo relacionados, de alguma forma, à criminalidade econômico-empresarial, assim se manifestam Silva Sánchez e Varella[209]:

---

[209] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinâmicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-

> Estas investigaciones muestran la intensa influencia que ejercen los grupos sobre la forma de decidir y de comportarse de los agentes. Mientras tanto, en el discurso tradicional del Derecho penal la imputación se concibe a partir de un modelo de sujeto racional autorresponsable. De ahí que la aceptación de la tesis de la influencia que ejercen los grupos sobre los indivíduos que los componen debiera conducir probablemente a tener que matizar los critérios de atribución de responsabilidade penal en estruturas organizadas (como una empresa).

Sendo assim, os desvios cognitivos típicos da criminalidade econômico-empresarial podem ser categorizados nos seguintes moldes:

(1) desvio egoísta (*self-service bias*), consistente na tendência de imputar a terceiros eventuais fracassos e chamar para si somente a responsabilidade por sucessos obtidos pelo setor, órgão ou instituição empresarial. Dessa forma, os acertos são vistos sempre como decorrência de características pessoais, enquanto os resultados negativos são atribuídos a fatores externos ou a terceiros;[210]

(2) desvio de obediência à autoridade (*obedience authority*), consistente na opção de cumprir ordens advindas de superiores hierárquicos mesmo tendo ciência de sua ilicitude, assim atuando pela crença de que a responsabilidade pelas consequências recairá sobre os mesmos ou sobre a própria organização. Ilustram essa espécie de distorção as estratégias defensivas apresentadas por parte dos empregados que participaram das fraudes que levaram a Enron à falência (*just following orders defense*) e também a argumentação de militares das forças nazistas da Alemanha no sentido de que estavam apenas cumprindo ordens (*good nazi defense*);[211]

María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 267.

[210] LANGEVOORT, D. C. Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms). *University of Pensylvannia Law Review*. V. 146, 1997, p. 139.

[211] Segundo a tese defensiva apresentada pelo advogado Robert Servatius, que atuou em prol de Adolf Eichmann no julgamento perante a Corte Distritial de Jerusalém, o acusado, militar de alta patente do exército nazista alemão, considerava-se "culpado perante Deus, não perante a lei". Nessa linha, a defesa argumentou que os atos de Eichmann configuraram, no contexto do grupo em que estava inserido, atos de Estado pelos quais, na definição de Goebbles, outro chefe militar do Reich, os subordinados seriam condecorados, se vencessem a 2ª Guerra Mundial, ou condenados, em caso de derrota. Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 32/33.

(3) desvio de ilusão de controle (*ilusion of control*), consistente na crença de que se pode influir ou controlar determinadas situações que, na realidade, dependem de terceiros ou de outros fatores;[212]

(4) desvio de excesso de otimismo (*overoptimism bias*), consistente na tendência de enxergar e enfatizar apenas o aspecto mais favorável e exitoso das consequências das próprias ações, jamais avistando sequer a possibilidade fracasso;[213]

(5) desvio de excesso de confiança (*overconfidence bias*), consistente na tendência de confiar mais em seus próprios conhecimentos, habilidades e juízos de valor do que a realidade sugere. Por exemplo, o indivíduo acredita ser mais ético, idôneo ou profissional que seus competidores e, dessa forma, desenvolve-se a aceitação acrítica de suas próprias decisões sem qualquer reflexão moral, além de um sentimento de invulnerabilidade e autossuficiência que pode levar ao ponto de ignorar os riscos e os possíveis resultados de determinadas decisões e condutas;[214]

(6) desvio de conformidade (*conformity bias*), consistente na tendência de adotar conformidade com a opinião da maioria do grupo, ainda que contrariando sua opinão original ou convicção particular. Dessa forma, busca-se evitar a rejeição do grupo e alcançar longevidade ou êxito na carreira mediante adesão ao pensamento (*group think*) ou coesão grupal (*group cohesion*)[215], o que pode importar em indiferença quando da descoberta de eventuais ilegalidades. Tem-se, nessa hipótese, uma espécie de efeito de arrastão ou de manada (*band wagon effect*) no tocante ao acolhimento de determinadas crenças, simplesmente porque muitas pessoas creem também;[216]

---

[212] LANGEVOORT, D. C. *Organized illusions…* op. cit., p. 139.

[213] PRENTICE, R. A. Ethical decision making: more needed than good intentions. *Financial Analysts Journal*. V. 63, 2007, p. 20.

[214] Ibid., p. 20.

[215] PRENTICE, R. A. Ethical decision making… op. cit., p. 18.

[216] Sobre o tema, confira-se a exemplificação de SILVA SÁNCHEZ: "[...] un descubrimiento de conductas ilícitas que los membros prefieren evitar conocer, bajo la falsa ilusión de que, si no se toma conciencia de ellas, éstas no existirán (o dejarán de existir). Para ello, el mecanismo de defensa mas común suele ser racionalizar determinadas 'etiquetas mentales' que autojustifican el comportamiento

(7) desvio de confirmação (*confirmation or egocentric bias*) ou de perseverança na crença (*belief perserverance*), consistente na construção de opiniões não a partir de argumentos, mas sim buscando argumentos e provas para conclusões e opiniões pré-concebidas (efeito de observador expectante);[217]

A atuação individual no marco de uma empresa insere o agente na cultura corporativa e no sistema de crenças compartilhadas em sua conjuntura. Essa série de códigos de grupo acaba, progressivamente, desconstruindo parcela da capacidade individual de percepção da realidade. Assim, os efeitos da convivência grupal vão eliminando, paulatinamente, freios morais inibitórios e potenciais reações contrárias a ilegalidades, bem como gerando a perda progressiva do senso de responsabilidade. A transmissão do pensamento grupal é o que, no campo criminológico, chama-se de processo gradual de difusão de práticas ilegais, ou seja, um conjunto de estratégias racionalizadas e etiquetas mentais que podem relativizar ou anular a percepção cognitiva individual.[218]

No sistema jurídico anglo-americano (*common law*), é comum a consideração da repercussão dos desvios cognitivos na interpretação de probabilidades de configuração das categorias de *mens rea* (ânimo delitivo).[219]

A avaliação de riscos comuns à atividade empresarial, bem como reações sobre este aspecto são frequentemente orientadas pela verificação ou não de tais desvios cognitivos. Conclui-se, portanto, que a teoria dos desvios cognitivos produz dois efeitos básicos:

---

del grupo. Etiquetas tales como 'somos un grupo bueno y sensato', 'nada está pasando y todo pasará', 'los hay peores', entre otras, suelen ayudar a relajar um eventual sentimiento de culpa y de responsabilidad." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 2*27*

[217] COHAN, J. A. "I didn´t know" and "I was only doing my job": has corporate governance careened out of control? A case study of Enron´s information myopia. *Journal of Business Ethics*. V. 40, 2002, p. 284.

[218] São exemplos de tais rótulos, as seguintes frases: o negócio é o negócio (*business is business*), todo mundo faz isso (*everybody does it*), o negócio exige isso (*good business demands it*). Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 232.

[219] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 212.

(1) de um lado, ao propor um modelo de comportamento humano mais variável e imperfeito (*homo sociologicus*) do que o clássico modelo do sujeito absolutamente racional (*machine man*), a incidência de desvios cognitivos configura, em tese, uma causa de exclusão ou atenuação da responsabilidade individual de agentes subalternos na hierarquia corporativa;

(2) noutro giro, a responsabilidade de dirigentes da instituição é reforçada, uma vez que a eficaz neutralização dos desvios cognitivos integra o rol de deveres dos ocupantes de posições hierárquicas superiores na estrutura empresarial em razão de seu poder-dever organizacional.

Dessa conjuntura circunstancial, emerge a importância dos *compliance programs* como mecanismo de evitação de uma organização corporativa defeituosa, o que produz possíveis implicações penais, conforme preleciona Silva Sánchez[220]:

> Parece razonable considerar que los sesgos cognitivos y otros efectos de fuerzas situacionales sean considerados expresivos de una organización o, em otros términos, de una cultura corporativa defectuosa. Por esta razón, los Programas de Cumplimiento (compliance programs) deberían prever la asistencia obligatoria de directivos y empleados a cursos de formación orientados a la prevención, detección y, en su caso, neutralización de sesgos cognitivos y fuerzas situacionales. La existência de programas de asesoramiento jurídico que informen sobre las consecuencias de la asunción de determinados patrones de conducta resulta asimismo recomendables. Todo ello, aunque no elimine la aparición de sesgos cogntivos, puede ayudar a prevenir y corregir determinadas prácticas ilícitas herederas de la automatización y de la tradición de patrones de conducta tanto por parte de empleados subalternos como de directivos y administradores.

Diante do exposto, verifica-se que, em que pese a crítica no sentido da imprecisão conceitual[221], Sutherland merece o crédito de ter evidenciado, pioneiramente, a existência de uma criminalidade típica de poderosos, bem como o déficit punitivo em relação à mesma e a conseguinte injustiça seletiva do sistema criminal. A atualidade de sua tese revela-se a partir do fato de que, mesmo passadas algumas décadas do conhecimento de suas conclusões, remanesce viva a

---

[220] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 237/238.

[221] ALLER, Gérman. *Criminalidad del poder económico.* Ciencia y praxis. Buenos Aires: IBDEF, 2011, p. 52.

contradição entre os elevadíssimos custos sociais dos crimes do colarinho branco e a parca atenção dispensada ao problema pela imprensa, pela sociedade e também pelos juristas.

No entanto, a responsabilização penal de empreendedores, empresários e administradores corporativos tem tornado o não alinhamento ao ordenamento jurídico uma opção cada vez mais prejudicial, seja sob a ótica da reputação corporativa, seja sob a ótica das consequências individuais. Nesses termos, aliás, segue a advertência da doutrina estrangeira[222]:

> O tempo está se aproximando rapidamente, onde as empresas já não podem medir o risco legal exclusivamente em termos financeiros – sua própria existência está agora em risco, assim como os provedores ou partes interessadas. A necessidade de se ter uma abordagem totalmente nova para a questão da conformidade jurídica, assim como o custo do incumprimento, atingiram novos patamares. Como tem sido visto nas décadas recentes, empreendedores de alto perfil, homens e mulheres, foram rotulados criminosos e com o passar do tempo, isso se tornará mais comum e esses 'criminosos de colarinho branco´ serão vistos pelo que realmente são, apenas criminosos, como um traficante de drogas, ladrão ou lavador de dinheiro.

A realidade brasileira parece, finalmente, aproximar-se dessa realidade. Sobre o tema, aliás, à vista da exposição tecida acerca dos aportes criminológicos afetos à criminalidade econômico-empresarial, não há como discordar da precisa assertiva de Luis Roberto Barroso[223]:

> Nós criamos um país repleto de ricos delinquentes porque o direito penal não funcionou como mínima prevenção para esse tipo de criminalidade. No Brasil, você é honesto ou não honesto se quiser, porque não acontece nada. Não acontecia, pelo menos [...] A minha percepção é a de que não há um Estado policial e sim um Estado democrático de direito querendo mudar seu patamar ético e civilizatório, com todas as dores que isto traz.

---

[222] MASTERS, John L. Fraud and money laundering: the envolving criminalization of corporate non-compliance*. Journal of Money Laundering Control.* V. 11. N. 2. London: Henry Stewart Publications, 2008, p. 119. Em tradução livre do seguinte trecho: "The time is fast approaching where companies can no longer measure legal risk exclusively in financial terms – their very existence is now at risk, as is the providers or stakeholders. The needs to be a whole new approach to the issue of legal compliance as the cost of non-compliance has reached new highs. As has been seen in recente decades, high-profile enterpreneurs, male and female, have been labelled criminals and as time passes, this will become more the norm and these "white collar criminals" will be seen for what they really are just criminals, like a drug trafficker, burglar or money launderer".

[223] Entrevista concedida por Luis Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao jornal Folha de São Paulo, em 14.11.2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832033-sou-contra-a-operacao-abafa-e-preciso-estar-atento-diz-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em : 20jan.2017.

Evidentemente, na conjuntura do Estado Constitucional Democrático de Direito contemporâneo, é inadmissível que se postule a troca de um equívoco antigo por outro mais novo, ou seja, que se venha a sustentar a substituição da injusta imunidade penal que, historicamente, blinda o mundo dos negócios por modernos excessos punitivistas em face do universo empresarial, o que configuraria uma espécie de justiçamento vingativo. Não é disso que se trata. O que se pretende – a presente pesquisa acadêmica é desenvolvida nesse desiderato – é alcançar critérios específicos que possam orientar a formação normativa e a interpretação de um Direito Penal Empresarial mais racional e equilibrado.

No capítulo seguinte, passa-se à abordagem sobre o delito de lavagem de ativos e seu enquadramento na conjuntura das preocupações hodiernas do Direito Penal.

3 O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS

Quem furta um pouco é ladrão
Quem furta muito é barão
Quem furta mais e esconde
Passa de barão a visconde.[224]

3.1 Apontamentos preliminares

A despeito da definição legal adotada no Brasil, que não exige complexidades ou mesmo a multiplicidade comportamental, pode-se afirmar, em termos gerais, que a lavagem de ativos consiste no processo pelo qual se busca conferir aparência de legalidade à obtenção de patrimônio (bens, direitos e valores) por meio da prática de infração penal.[225]

Tal procedimento dissimulatório se assemelharia ao operado por alquimistas medievais que buscavam alcançar a fórmula do ouro mediante múltiplas combinações de diferentes metais. O agente que se dedica à conversão de ativos ilícitos também implementa um conjunto de atos de permutação constante de uns

[224] Ditado popular oriundo da fase imperial da história do Brasil. Cf. GOMES, Laurentino. *1808:* como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 194.

[225] Em similar proposição, Isidoro Blanco Cordero define a lavagem de ativos como o: "[...] el proceso en virtud del cual los bienes de origem delictivo se integran en el sistema económico legal con apariência de haber sido obtenidos de forma lícita". Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales.* Estudio en particular de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 01. Em tom assemelhado, ÁLVAREZ PASTOR e EGUIDAZU PALACIOS assim conceituam: "Blanquear dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que blanquea dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción." Cf. ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales.* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 41.

bens por outros com o fim de conseguir, ao fim de repetidas combinações, um complexo que purifique os ganhos ilegais, ao menos aparentemente.[226]

Desde já, é importante fixar que a ocultação do produto criminoso e sua reinserção no mercado econômico lícito não constituem fenômenos novos ou desconhecidos. Ao contrário, tais condutas são tão antigas quanto o próprio Direito Penal[227] e configuram decorrências naturais, instintivas e quase automáticas de quem se presta à prática de ilicitudes rentáveis.

Por tal razão, as dissimulações empreendidas nessa direção foram, por muito tempo, consideradas como um *post factum* impunível, um comportamento inerente à fase de exaurimento do crime anteriomente praticado a ensejar, portanto, a simples aplicação do princípio da consunção.

Em tom crítico, há quem atribua a incriminação da ocultação da lavagem de ativos à histórica ineficácia da criminalização da produção, comercialização e consumo de substâncias entorpecentes, entre outros fatores economicamente nocivos, tais como a fuga de capitais para paraísos fiscais (*laundering havens).*[228]

No entanto, a parcela majoritária da doutrina reconhece que, a partir do quarto final do século passado, alguns fatores passaram a justificar o alçamento desse comportamento ser alçado ao posto de delito estrela[229], ou seja, ao centro das atenções de Estados e organizações internacionais, sendo eles:

---

[226] GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero. Como se combate el lavado. 3. ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2014, p. 29.

[227] Na Idade Média, diferentemente do que pregam as lendas folclóricas, os piratas não enterravam os tesouros que pilhavam pelos mares, pois necessitavam prosseguir navegando e praticando suas atividades criminosas. Dessa forma, buscavam trocar o produto delitivo por metais preciosos. Vale esclarecer, no entanto, que essa espécie de escambo não implicava necessariamente em dissimulação, eis que os valores e bens portados por piratas costumavam ser facilmente aceitos no cenário econômico da época. Cf. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 01/02

[228] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 49 e p. 138/139.

[229] A intensificação dos esforços para controle deste fenômeno delitivo nas últimas décadas, nos âmbitos nacional e internacional, chegou a fundamentar a previsão doutrinária de que a lavagem de ativos irá se converter brevemente num *"delito estrella"*, isso se já não o é. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 41.

(1) a elevação do volume de recursos econômicos obtidos e geridos por organizações criminosas;[230]

(2) a profissionalização geradora de um novo ramo da criminalidade composto por uma rede de colaboradores e instituições-cúmplices dedicados à dissimulação patrimonial;[231]

(3) a internacionalização dessa atividade, que, assim, deixou de respeitar as fronteiras físicas dos Estados nacionais;

(4) a essencialidade da ocultação patrimonial para manutenção do ciclo delitivo.[232]

Esses novos aspectos que fizeram com que as operações de ocultação patrimonial perdessem o caráter amador e artesanal de outrora[233], o que fomentou o

[230] Em que pese a dificuldade de quantificação exata, há estimativas em torno da indústria da lavagem de ativos, havendo quem aponte uma movimentação anual na ordem de 2 trilhões de dólares. Cf. SULLIVAN, Kevin. *Anti-Money Laundering in a nutshell*: awareness and compliance for financial personnel and business managers. New York: Apress, 2015, p. 04.

[231] Normalmente, tais agentes e entidades não "sujam as mãos", isto é, não tomam parte nos delitos antecedentes que geram os recursos lavados, constituindo um segmento terceirizado no mercado criminoso no qual especialistas elaboram complexas técnicas de lavagem ofertando assessoramento e gerenciamento de riscos para operações desse tipo. O que torna possível a mudança substancial na qualidade e quantidade dos ganhos ilícitos é exatamente a associação negocial entre o crime organizado e os colarinhos brancos, isto é, a união de delinquentes com profissionais que dominam o *know-how* sobre o manejo de ativos sujos. Daí a equação-síntese exposta por Rodolfo Tigre MAIA: Crime Organizado + Colarinho Branco = Lavagem de Dinheiro. Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. Algumas reflexões sobre o crime organizado e a lavagem de dinheiro*. Revista da AJURIS*. Edição Especial. Porto Alegre: julho/1999, p. 182.

[232] Na literatura criminológica, o conceito de criminalidade organizada vem sendo progressivamente empregado como sinônimo de *enterprise crime* e, para determinado setor da doutrina, este fenômeno não se dá pura e simplesmente pela necessidade de branquear os ganhos ilícitos, separando-os de sua origem. A tendência da criminalidade organizada de reinvestir seus ganhos na economia legal deriva, entre outros fatores, da limitada capacidade de expansão que, por sua própria natureza, oferecem os mercados criminais e da necessidade política dessas organizações ilegais de promover atividades capazes de assegurar estabilidade e satisfação à população das zonas sobre as quais exercem domínio territorial (envolvendo trabalho, sustento, lazer etc.). Cf. FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad econômica*. Revista Penal*. N. 07. Barcelona: Praxis, 1997, p. 59/60.

[233] CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41.

processo de autonomização típica da lavagem de ativos.[234] Entretanto, é importante ter em mente que não é qualquer ocultação patrimonial que caracteriza o delito de lavagem de ativos[235], devendo-se proceder a uma intepretação teleológica da incriminação sob análise para o fim de abranger somente a ocultação de bens com a finalidade de reinseri-los na economia formal.

Em 1998, Michel Camdessus, então Diretor-Geral do Fundo Monetário Internacional (FMI), proferiu discurso na abertura da Plenária do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), em Paris, no qual estimou que as transações de lavagem de ativos alcançassem, anualmente, um montante entre 2 a 5% da produção econômica global, o que significa algo próximo, por exemplo, ao produto interno bruto da Alemanha, maior economia da Europa na atualidade.[236]

Com efeito, a tentativa de conferir aparência de legalidade a tais bens tornou-se mais complexa na exata medida que a "empresarialização"[237] da delinquência

---

[234] Em que pese a previsão em contrário no ordenamento italiano, o entendimento majoritário no cenário pátrio segue o modelo ibérico no sentido de chancelar a incriminação da chamada autolavagem, ou seja, a dupla punibilidade do agente que pratica o crime antecedente e, posteriormente, oculta o ganho ilegal. Cf. CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 32. No mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal sufragou a punibilidade da autolavagem e o consequente concurso material (artigo 69 do CP) entre o crime antecedente e o de lavagem por ocasião da condenação proferida no acórdão da Ação Penal n. 470/2005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 17.12.2012.

[235] Nessa linha, confira-se a acertada exemplificação de Bottini: "Imagine-se um roubo, furto ou estelionato. Evidente que o agente tentará esconder o produto do crime de diversas formas. Esta ocultação somente caracteriza lavagem de dinheiro se for o passo inicial para uma posterior reinserção dos valores na economia formal, com aparência de licitude [...] o ato de enterrar dinheiro ou escondê-lo em fundos falsos, do ponto de vista, perfaz a ocultação, uma vez que o produto da infração foi escamoteado. Mas essa conduta somente caracterizará lavagem de dinheiro se acompanhada de elementos objetivos que revelem a sua aptidão para reintegrá-lo posteriormente à economia com aparência de licitude [...] Se alguém rouba um banco e enterra o dinheiro para depois usá-lo para aquisição de bens de consumo pessoal em seu nome, como carros imóveis, oculta o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não há tipicidade de lavagem porque ausente o contexto de reciclagem do capital. Trata-se de mero exaurimento do crime antecedente. O agente não busca conferir aparência lícita aos bens obtidos pelo crime, mas apenas aguardar o melhor momento para usufruí-los." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*. V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 388/389.

[236] Outros apontam um volume anual de 2 bilhões de euros lavados ao redor do mundo, algo equivalente a 5% do Produto Bruto Global e correspondente ao PIB da Alemanha, maior economia da Europa, e ao PIB de Espanha e França juntas ou cerca de 15 vezes maior que o PIB de Portugal. Cf. CANAS, Vitalino. *Crime de branqueamento de capitais*... op. cit., p. 07.

[237] Expressão cunhada em: DE SANCTIS, Fausto. *Combate à lavagem de dinheiro*: teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008, p. 5. Essa aproximação entre crime e empresa também já era notada, há tempos, pela doutrina pátria, como se verifica a seguir: "A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos [...] Em outras palavras, a responsabilidade da empresa não é consequência da

elevou sua lucratividade a patamares inéditos na história da humanidade, o que demandou o surgimento de um novo e importante mercado no universo criminoso, qual seja o de profissionais e entidades especificamente dedicados à "ciência"[238] da lavagem de ativos.

O processo de criminalização da lavagem de ativos é, sem dúvida, uma manifestação paradigmática do processo de expansão do Direito Penal, o que, no entanto, não se deu de forma irrazoável[239] ou como mera adição de mais um crime

---

responsabilidade individual de seus agentes, mas sim da sua própria natureza e, mais do que isso, essa responsabilidade da empresa é que gera e fundamenta a responsabilidade individual." ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 24. São Paulo: RT, janeiro/1999, p. 150. No mesmo tom, ratificando a crescente semelhança estrutural entre a criminalidade organizada e o universo corporativo, assim preleciona Vicenzo Mussachio: "Existe pues, una intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional, jerarquias, división del trabajo, profesionalización de sus miembros. No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negócios: la racionalización de los médios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interralación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los benefícios. Todo ello há llevado a hablar desde el plano criminológico de la existência de una verdadera 'industria del crimen'. Digamos que las organizaciones criminales cumpren las mismas funções que las sociedades comerciales, solo que en el mundo ilícito." MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal económico, crimindalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 60. São Paulo: RT, maio-junho/2006, p. 216.

[238] Nesse sentido, a preleção de Fausto Martin De Sanctis estabelece que: "Quanto maior a soma de dinheiro que a atividade criminosa obtém, mais complexa a tarefa de lhe dar procedência. Lavar dinheiro tornou-se uma espécie de ´ciência´, que mobiliza cérebros sofisticados a serviço da criminalidade." DE SANCTIS, Fausto. *Delinquência econômica e financeira*: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 176.

[239] Pela pertinência com o tema tratado, vale a transcrição do ensinamento de Silva Sánchez: "O que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de 'expansão razoável' do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da 'expansão desarrazoada'. A título puramente orientativo: a entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (singularmente, do narcotráfico) em um determinado setor de economia provoca uma profunda desestabilização desse setor, com importantes repercussões lesivas. É, pois, provavelmente razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 28. O referido autor reitera o posicionamento em estudo mais recente e específico sobre lavagem de ativos: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales. In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords). *II Congresso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del*

ao já inflado catálogo punitivo. Ao revés, a tipificação do crime de lavagem de ativos decorre de uma nova maneira de enxergar a macrodelinquência contemporânea, justificadora, portanto, de uma nova estratégia político-criminal de enfrentamento da mesma.[240]

Em que pese a variedade temática das discussões em torno do tema, a doutrina não se mostra vacilante quanto ao reconhecimento de que a trajetória da lavagem de ativos está, umbilicalmente[241], vinculada à criminalidade organizada[242], ou seja, a grupos de pessoas que, mediante divisão de tarefas e estrutura logística, praticam delitos de danosidade social extremada e diferenciada da criminalidade comum (ex.: narcotráfico, tráfico de armas e pessoas, corrupção, entre outros).

Não é por outra razão que se afirma que, em que pese a existência de alguns focos de resistência doutrinária[243], a lavagem de ativos é a mãe do crime

---

Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 133.

[240] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16. No mesmo tom, confira-se o dizer da doutrina estrangeira: *"*Assim, pode-se afirmar que o crime de branqueamento de capitais, mais do que uma ´mera´ incriminação, é na verdade o vértice de um ´sub-sistema´ normativo e de enforcement próprio, constituído pelo conjunto de normas que visam instituir mecanismos de prevenção e detecção de atividades de branqueamento de capitais aplicáveis à generalidade das instituições financeiras, bem como a alguns sectores não financeiros." GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais...* op. cit., p. 22.

[241] CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Orgs.). *Lavagem de Dinheiro*. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 17.

[242] A criminalidade organizada se define pelos crimes cometidos e pela forma como os realiza. Embora existam múltiplas classes e métodos típicos apontados, é possível definir que uma organização criminosa tem por característica principal a existência pré-estabelecida de objetivos comuns a serem atingidos, de forma racional e permanente, por todos os membros do grupo, sendo seus elementos essenciais: a estável divisão de tarefas, a finalidade lucrativa e o cometimento de delitos considerados graves. Cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribuición a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 126. No entanto, não constitui objeto da presente investigação o debate sobre a existência de uma criminalidade verdadeiramente organizada ou sobre o conceito de organização criminosa, motivo pelo qual se considera suficiente a definição consagrada pela vigente Lei n. 12.850/2013, que, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, assim dispõe: "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

[243] Contrariando o entendimento majoritário na doutrina nacional e estrangeira, há quem afirme que a criminalidade organizada não passa de um mito difundido pela mídia, pela literatura de ficção, por políticos e por instituições de controle social. Segundo essa corrente, as organizações criminosas não passam de um "rótulo desnecessário", nada além de uma "categoria frustrada e sem conteúdo", haja vista que as atitudes atribuídas às mesmas não são mais que pequenas infrações de grupos locais desarticulados. Nesse prisma, o estudo e a conceituação de crime organizado exerceriam funções

organizado[244], cuja subsistência depende da infiltração no mercado legal. Nessa linha, segue o entendimento da doutrina estrangeira, como se verifica a seguir[245]:

> A economia do crime é fundada na economia legal. Distinguir o crime organizado do planeta financeiro, é condenar todos à incompreensão de ambos [...] Crime e finanças não podem existir sem o outro. O crescimento de um tornou-se necessário para o crescimento do outro. Não poderia ser de outra forma, uma vez que as organizações mafiosas fluem em circuitos de fuga que estão no coração da economia e das finanças legais.

3.2 A teoria do bem jurídico e o crime de lavagem de ativos

Por se tratar do instrumento estatal de controle dotado de maior incisividade sobre o exercício de direitos fundamentais, a intervenção penal carece de contínua justificação material e não pode ser presumida a partir da legitimidade formal do legislador.[246] Assim sendo, surgiu, ainda no século XVIII, a ideia de que a restrição

---

meramente políticas voltadas à justificação da eliminação ou redução de garantias democráticas, bem como à repressão de minorias étnicas (originalmente nos EUA) e à restrição da soberania de nações independentes (ex.: Colômbia). Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 42. São Paulo: RT, janeiro/2003, p. 215.

[244] Laura Zuñiga Rodríguez se vale exatamente destes termos e complementa no mesmo tom: "La criminalidad organizada se ha convertido em una verdadera 'empresa del crimen'. En los últimos tiempos del desarollo de la globalización y la supremacía de las relaciones de producción capitalistas, monopólicas y financieras, la criminalidad organizada ha extendido sus tentáculos a las empresas legales y al mundo financiero formal, con un efecto 'contaminación'. La criminalidad organizada ha pasado de realizar sus actividades tradicionales, a participar en actividades no tradicionales como es la creación de empresas, conglomerados financieros, inversiones en empresas y en la bolsa, para reciclar el dinero negro. De esta manera, ha logrado corromper las actividades legales de bancos, empresas constructoras, fundaciones, etc., asumiendo un rol empresarial y aprovechando las estructuras económicas y empresariales de la economia formal para reciclar el dinero obtenido ilícitamente. También ha creado empresas ficticias o contratado administradores de paja para dominar empresas ya constituidas legalmente. El blanqueo de dinero se ha mostrado como el gran corruptor de toda la actividade económica legal." ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal... op. cit., p. 64 e 143.

[245] VERNIER, Éric. *Techniques de blanchiment e moyens de lutte.* 3. ed. Paris: Dunod, 2013, p. 261. Em tradução livre do seguinte trecho: "L´economie du crime s´est fondue dans l´economie légale. Distinguer le crime organisé et la planete financière, c´est se condamner à ne rien comprendre ni de l´une ni de l´autre […] Le crime et la finance ne peuvent se passe l´un de l´autre. La croissance de l´un est devenue nécessaire à la croissance de l´autre. Comment pourrait-il en être autrement, dès lors que les organisations mafieuses se coulent dans les circuits d´évasion mis en place au coeur de l´éconmie e de la finance légales."

[246] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 19.

sancionatória à liberdade individual deveria basear-se em critério delimitador do arbítrio estatal. Portanto, é longa a história da busca de um substrato material fundamentador da punição estatal e, nessa perspectiva, surgiram diversas teses que partiram da constatação fundamental de que uma conduta que não pode ser considerada criminosa tão somente por se enquadrar numa previsão normativa. Em suma, o crime deveria constituir mais do que um mero comportamento proibido pela lei.

Desde sua origem, a teoria do bem jurídico oscilou da periferia à centralidade no contexto da crítica dogmática que busca conter a discricionariedade legislativa. Na síntese de Sávio Guimarães Rodrigues[247], o conceito de bem jurídico veio a servir, simultaneamente, de fundamentação e limitação do poder punitivo no Estado de Direito.

A ideia de bem jurídico surgiu como uma vertente penal da filosofia iluminista, que tinha como premissa a garantia dos direitos individuais sob a ótica do contratualismo social diante da opressão estatal e do arbítrio judicial típicos da Europa Medieval. Nesse contexto, Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach desenvolveu um conceito material de crime que corresponderia, portanto, à lesão a um direito subjetivo. O Estado-Juiz somente poderia sancionar a conduta que viesse a violar direito individual de outrem. Posteriormente, Johann Michael Franz Birnbaum publicou, em 1834, um estudo sobre a tutela da honra (*Über das Eforderniss einer Rechtsverlezung zum Begriffe des Verbrechens*) no qual empregou, pioneiramente, a ideia de que o crime se afasta da ideia de lesão a meros direitos subjetivos e se aproxima da noção de violação a interesses socialmente prezados. Embora não tenha se utilizado da expressão “bem jurídico”, este é o marco original do moderno conceito de bem jurídico-penal.[248]

Hodiernamente, assenta-se, como moderna realidade “indesmentível”[249] ou, ao menos, reconhecida majoritariamente, que o Direito Penal tem por missão a

---

[247] RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário*: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, P. 208.

[248] SILVA, Ivan Luiz da. *Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

[249] COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta juris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 22.

proteção de bens jurídicos dotados de dignidade jurídico-penal.[250] Em outras palavras, a finalidade e o fundamental motivo de existência do ordenamento jurídico-penal estão consubstanciados na tutela dos valores necessários à preservação da vida pacífica em sociedade, em especial, aqueles que gozem consagração, expressa ou implícita, no texto constitucional.[251] Portanto, a ofensa a bens jurídico-penais é a pedra angular do ilícito penal, afirmando-se como elemento indispensável à legitimidade da intervenção jurídico-penal[252].

Outrossim, a doutrina mais moderna dispõe que os interesses titulados individualmente (em especial, o patrimônio e a liberdade individuais, verdadeiros focos de atenção do Direito Penal clássico, surgido a partir do século XVIII) gozam de importância equivalente à dispensada aos interesses titulados coletivamente,

---

[250] Registre-se, entretanto, o posicionamento de Jakobs, segundo o qual somente de forma forçada poder-se-ia apresentar o Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, dada a imprecisão dessa afirmativa. Segundo o referido autor, mostra-se mais adequada uma teorização do Direito Penal como meio de proteção da vigência do próprio ordenamento jurídico, o que seria especialmente demonstrado pelo fato de que o delito constituiria uma lesão à vigência da norma, enquanto a pena seria a eliminação dessa lesão. Cf. JAKOBS, Gunter. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e Funcionalismo.* Tradução de Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51. Para fins desta pesquisa, adota-se o entendimento de que a função da pena e, por conseguinte, do Direito Penal é a estabilização das expectativas em torno de valores e comportamentos fundamentais para o funcionamento da sociedade em um Estado Democrático de Direito. Nessa premissa, sustentam-se a segurança (ou sensação de segurança) sobre a conduta alheia e a delimitação do âmbito e das condições de exercício legítimo da liberdade individual. Assim sendo, o Direito Penal não tem o objetivo de ameaçar quem quer que seja (prevenção geral negativa), mas sim busca fundar a noção de que determinados valores são objeto de proteção e, por conseguinte, há legítima expectativa de que os indivíduos devem se abster de comportamentos que os afetem, seja por efetiva lesão, seja por vulneração significativa. Em última análise, a finalidade do Direito Penal será alcançada se a citada sensação de segurança restar consolidada, não em sentido meramente simbólico e passageiro, mas como decorrência da constatação de real e útil proteção dos referidos valores. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 85, Julho/2010, p. 271/272.

[251] Conforme preleciona Figueiredo Dias, bem jurídico "é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso." FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 114. É similar a manifestação de Luís GRECO no sentido de que bens jurídicos são dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional. Cf. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

[252] D´ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 403.

tendo em vista a inadmissibilidade de que, por meio da tutela penal, seja fixada uma hierarquia entre as diversas dimensões de direitos fundamentais.[253] Sobre o tema, assim discorre Arroyo Zapatero[254]:

> Esta criminalidade realmente moderna requer um Direito Penal também moderno, assim como a aceitação de bens jurídicos novos, salvo que se renuncie à tutela de bens juridicos fundamentais. Na realidade, tudo o que se denomina Direito Penal moderno, não significa mais que a aceitação do Direito Penal às modernas condições da vida social do tempo contemporâneo, que requerem novas formas e novos instrumentos de proteção dessas novas necessidades sociais. O Direito Penal moderno, o Direito penal econômico, o Direito Penal de risco, não é um capricho dos

[253] A classificação dos direitos fundamentais em gerações de acordo com a ordem material-cronológica de sua manifestação no ordenamento constitucional é atribuída a Karel Vasak, conforme tese defendida pelo mesmo em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, proferida em Estrasburgo, em 1979. Nitidamente, tal classificação tem por base o profético lema da Revolução Francesa sintetizado no trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.*17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563. No entanto, prevalece atualmente o entendimento no sentido da ausência de protagonismo normativo dos interesses individuais, havendo, portanto, quem prefira falar em dimensões de direitos fundamentais (complementares e não excludentes entre si) ou direitos humanos seqüenciais em lugar de gerações (termo que transmite a ideia de sucessividade). Cf. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

[254] ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 84. São Paulo: RT, maio-junho/2010, p. 60. Em tom convergente, assim dispõe Figueiredo Dias: "[...] a criminalização é aqui (bens coletivos) legítima e pode afigurar-se necessária.Legítima, logo porque tais bens – como se torna particularmente visível numa lei fundamental como a CRP – encontram refracção legitimador mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Necessária, sem grande dúvida, de um ponto de vista de prevenção geral negativa, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo– que pesem as teorias da escolha racional e as ´técnicas de neutralização´, que nestes domínios intervirão com particular força – de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito. Considerações essas que valem não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para actuação dos entes colectivos." DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 33, janeiro/2001, p. 13. Disponível em: <http://www.fdv.br/arquivo/uploads/ecxrokuipm.pdf>. Acesso em: 23jul.2015. A teoria dualista posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais ao passo que a teoria pessoal considera dignos de proteção penal apenas os bens coletivos que possam guardar referência, direta ou indireta, à pessoa. Eis a visão de Roland Hefendhl sobre o tema: "A dicotomia feita pela teoria pessoal do bem jurídico entre bens jurídicos individuais 'bons' e bens jurídicos coletivos 'ruins' se mostra, assim, anacrônica, uma vez que ela conserva tradicionais estruturas hierárquicas. Segundo uma perspectiva que parta da danosidade social como indício de permissibilidade da intervenção do direito penal, a teoria pessoal tem de ceder lugar a uma teoria justamente contrária, a uma teoria social do bem jurídico." HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 87. São Paulo: RT, novembro/2010, p. 109. Registre-se, contudo, que a corrente crítica a este movimento alega que, em lugar de uma falsa modernização, estaria em curso uma expansão desarrazoada do Direito Penal, tendo, como um de seus fatores, o progressivo distanciamento do bem jurídico de sua essência antropocêntrica e individualista. Fala-se, então, em desmaterialização, artificialização, espiritualização ou dinamização do bem jurídico. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...* op. cit., p. 24 e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 112.

> governos que perseguem medidas meramente simbólicas. Acredito que seja produto de uma sólida necessidade material e jurídica que nós penalistas devemos assumir e construir criticamente.

Tais premissas têm particular relevância no âmbito do Direito Penal Econômico, essencialmente ligado à proteção de valores sociais albergados na ordem econômica definida pela Constituição.[255] Na historicidade do Estado promotor da igualdade material e garantidor da livre iniciativa, pode-se dizer que, de forma geral, o bem jurídico nos crimes econômicos envolve o regular desempenho da política monetária, fiscal e financeira do Estado. Ainda que veiculados por meio de tipos de perigo abstrato[256], cada delito econômico tem de concentrar-se na proteção específica de uma dessas subpolíticas.[257]

---

[255] Sobre o tema, assim se pronuncia Luis Gracia Martín: "[...] com el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos no sólo no se abandona el concepto de bien jurídico sino que, por el contrário, se sobrepasan sus limites formales y se llega a uma concepción material de el, y puesto que aquellos bienes son condiciones de posibilidad de la realización de la libertad de la igualdad substanciales, su proteción penal es uma exigencia indeclinable para um Estado que tiene que garantizar aquella realización. La modernización se considera entre sus defensores uma exigencia ética y política del presente precisamente como condición de posibilidad de la realización efectiva de las garantías del Estado de Derecho (social y democrático)." GRACIA MARTIN, Luis. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado Social y Democrático de Derecho. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico.* Buenos Aires: IBDEF, 2014, p. 347.

[256] Como bem explica Bottini, a teoria do bem jurídico e a corolária exigência de lesividade não implicam na rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato: "A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato. A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material ex post. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.* São Paulo: RT, 2007, p. 170. Para este autor, a solução consiste na adoção de proposta funcionalista, isto é, de interpretação teleológica dos tipos penais de perigo abstrato "sem redução de texto" (ou sem necessidade de revogação formal). Na qualidade de gestor de riscos, ao juiz caberia interpretar os tipos de perigo abstrato no sentido de exigir, diante de situações concretas de descumprimento da norma penal, a comprovação do potencial lesivo ou de exposição a risco da conduta perpetrada em relação aos bens jurídicos tutelados. Esta interpretação poderá ter por fundamento certezas científicas ou evidências estatísticas. Em outras palavras, a falta de cautela do legislador na criação de crimes de perigo abstrato pode ser superada mediante interpretação judicial conforme o Direito Penal Constitucional. Apenas desta forma, os delitos de perigo abstrato podem existir legitimamente e cumprir sua função protetora da dignidade humana de acordo com os parâmetros de um Estado Democrático de Direito. Ibid., p. 294.

[257] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 96.

3.2.1 O questionamento da lesividade da lavagem de ativos

Corolário da teoriazação sobre o bem jurídico como objeto de proteção e razão essencial do Direito Penal, o princípio da lesividade ou da ofensividade consiste na exigência de que a tipicidade somente se carateriza, em seu aspecto concreto-material, caso a conduta empreendida produza avaria ou risco significativo ao interesse protegido pela respectiva norma penal. Segundo prenuncia Fábio Roberto D´ávila[258], a ofensividade a bens jurídico-penais é a pedra angular do ilícito penal e, para além de constituir valor constitucionalmente albergado, afirma-se como elemento indispensável à legitimidade da intervenção punitiva do Estado por meio do Direito Penal.

Nesse ponto, é de se registrar que há quem duvide da nocividade potencial da lavagem de ativos mediante afirmação de que a única justificativa para a punição desse comportamento é o fracasso, do Estado e do Direito Penal, no combate ao tráfico de entorpecentes.[259] Diante desse prisma, já que não se conseguiu aniquilar a raiz do suposto problema, uma parcela doutrinária sustenta que, por meio da incriminação da lavagem de ativos, busca-se tão somente atingir o fruto patrimonial desse ramo criminoso, o que, no entanto, não poderá ser logrado sem a extinção dos assim chamados paraísos fiscais.[260]

Um corrente da doutrina estrangeira também se mostra contrária à tipificação penal da lavagem de ativos, compreendendo-a como desnecessária e perturbadora.

---

[258] D´AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico).* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 404.

[259] PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 211. Nesse ponto, registre-se que a atuação de poderosos cartéis da droga também foi vista, inicialmente, com bons olhos devido aos "bons" resultados da economia regional. Por exemplo, a cidade colombiana de Medellín teve a taxa de desemprego praticamente zerada no final dos anos 80, o que se deveu à abundância de dólares procedentes do tráfico de cocaína. Na mesma época, a economia colombiana cresceu 5% em comparação com outros países latino-americanos. Também se afirma que 25% da população boliviana economicamente ativa dependia, direta ou indiretamente, do narcotráfico durante este período. Cf. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido. In: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial:* edición especial para el Perú. 3. ed. Washington: Organización de los Estados Americanos, p. 40.

[260] PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*... op. cit., p. 217.

Sobre o tema, Bajo Fernández e Bacigalupo Sagguese[261] assim se manifestaram quando da introdução do respectivo delito no Código Penal espanhol:

> [...] la nueva figura delictiva es inoportuna por ser innecesaria, perturbadora y responder exclusivamente a la mentalidade de una clase burocrata afincada en organismos al estilo del GAFI que confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho penal [...] Es innecesaria porque se solapa com los delitos relativos ao comportamento postdelictivo (encubrimiento y receptación) y es perturbadora porque, si independiza totalmente del delito base (como ocorre com la regulación penal de los arts. 301 a 304 del Código penal), no se puede razonablemente concretar um objeto jurídico de protección. Por outro lado, pertenece a un Derecho penal expansivo impropio de un Estado liberal porque impone deberes positivos, en este caso, de información que pueden incluso dificultar la vida económica.

Em adendo, insinua-se também que a lavagem de ativos seria capaz, inclusive, de beneficiar a economia de um país, haja vista a injeção de recursos financeiros que reforçaria a arrecadação tributária, entre outras possibilidades desejáveis. Nessa perspectiva, o sistema econômico seria vulnerado exatamente pela tentativa de controlar a movimentação de divisas e a moralização do mercado em lugar de sua proteção.[262]

Em que pesem os posicionamentos retrocitados, acredita-se que, somente mediante uma análise incompleta e superficial, é possível valorizar as vantagens passageiras advindas do dinheiro ilícito sem que se repare os agudos prejuízos que,

---

[261] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico.* 2. ed. Madrid: Ramón Aceres, 2010, p. 714. No mesmo sentido e ainda mais incisivo, Muñoz Conde preleciona que, desde sua criação, a lavagem de ativos configura um corpo estranho ao Direito Penal, que se converteu num monstro jurídico, capaz de abrigar uma gama muito ampla de comportamentos não muito claros. Nessa perspectiva, segundo o referido autor, o delito de lavagem de ativos se distancia do moderno Direito Penal e se aproxima do Direito Penal do inimigo, figurado por Jakobs. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo. In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2010 y la justification de su castigo en la sociedad de la información avanzada, celebrado en Santiago de Compostela en julio de 2012).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 375/376.

[262] PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*...* op. cit., p . 215. No mesmo tom, defendendo que a punição ao branqueamento pode causar danos à economia, segue o entendimento de Godinho: "[...] as regras sobre o branqueamento de capitais é que podem causar danos à economia e não o contrário. Parece lógico ponderar que a existência de regras contra o branqueamento de capitais provocará a fuga de capitais do sistema financeiro português para outros onde de alguma forma haja menos ´entorpecimentos´à sua pacífica detenção e circulação. O controlo do branqueamento de capitais estimula a clandestinidade e a fuga dos capitais, designadamente para laudering havens." GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais:* introdução e tipicidade... op. cit., p. 139.

a médio e longo prazo, a reintrodução da riqueza de origem maculada pode representar para o funcionamento do sistema econômico-financeiro de um país ou região. Nesse caso, os danos de cunho socioeconômico não são uma mera invenção para justificar a punição criminal, mas, ao revés, configuram uma realidade tangível e diagnosticável a partir da perda da confiabilidade no tráfico mercantil regular. [263]

Na mesma direção, o reconhecimento da aludida nocividade é bem exposto no preâmbulo da lei-modelo antilavagem proposta pela ONU e pelo FMI[264]:

> As atividades de poderosas organizações criminosas podem ter graves consequências sociais. O dinheiro lavado proporciona aos narcotraficantes, aos grupos criminosos organizados, aos negociantes de armas e a outros criminosos os meios para operar e desenvolver suas empresas. Sem salvaguardas ou medidas preventivas eficazes, o branqueamento de capitais pode prejudicar a integridade das instituições financeiras de um país. A remoção de bilhões de dólares a cada ano de atividades econômicas legítimas constitui uma ameaça real à saúde financeira dos países e afeta a estabilidade do mercado global. A lavagem de dinheiro mina os esforços internacionais para estabelecer mercados livres e competitivos e dificulta o desenvolvimento das economias nacionais. Ele distorce a operação das operações de mercado, pode aumentar a demanda por dinheiro, tornar os juros e as taxas de câmbio instáveis, gerar concorrência desleal e exacerbar consideravelmente a inflação nos países onde os criminosos conduzem seus negócios. Pequenos países são particularmente vulneráveis à lavagem de dinheiro. Os ganhos resultantes de actividades ilegais podem proporcionar às

[263] Com igual ênfase, ilustra a citada constatação a impressão externada por Fabián Caparrós: “Por lo tanto, las operaciones de blanqueo no pueden ser contempladas tan solo desde un punto de vista meramente ético – recordemos que muchas de ellas son efectuadas por economistas, empresarios o juristas que ponen su experiencia al servicio de quienes realizan conductas antisociales –, como una muestra de uma auténtica cultura de la corrupción [...] los recicladores de capitales ilegales, lejos de colaborar en el progreso del sistema económico, atentan contra el mismo a través del uso anormal que hacen de los instrumentos al servicio de las relaciones de mercado.” FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido...* op. cit., p. 40/41.

[264] Em tradução livre do seguinte trecho: “The activities of powerful criminal organizations can have serious social consequences. Laundered money provides drug traffickers, organized criminal groups, arms dealers and other criminals with the wherewithal for operating and developing their enterprises. Without effective safeguards or preventive measures, money laundering can strike at the integrity of a country's financial institutions. The removal of billions of dollars from legitimate economic activities each year constitutes a real threat to the financial health of countries and affects the stability of the global marketplace. Money laundering undermines international efforts to establish free and competitive markets and hampers the development of national economies. It distorts the operation of markets transactions, may increase the demand for cash, render interest and exchange rates unstable, give rise to unfair competition and considerably exacerbate inflation in the countries where the criminals conduct their business dealings. Small countries are particularly vulnerable to money laundering. The gains from illegal activities can provide criminal organizations with potentially huge economic power which in turn can give them leverage over small economies”. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/leg/amlcft/eng/pdf/amlml05.pdf>. Acesso em: 16jul.2016.

> organizações criminosas um poder económico potencialmente enorme que, por sua vez, pode dar-lhes alavancagem sobre as pequenas economias.

Portanto, verifica-se que a lesividade do delito de lavagem de ativos relaciona-se ao atingimento de importantes interesses da coletividade, derivando também daí seu enquadramento no âmbito do Direito Penal Econômico. Remanesce, no entanto, a controvérsia em torno da definição do bem jurídico tutelado na hipótese, sendo vários os posicionamentos apresentados pelos estudiosos nesse ponto, conforme se verificará a seguir.

3.2.2 O bem jurídico tutelado pelo tipo penal de lavagem de ativos: correntes teóricas e tomada de posição

Em postura isolada, Vicente Greco Filho[265] sustenta que o crime de lavagem de dinheiro tutela, exclusivamente, um bem jurídico chamado de satélite ou periférico, isto é, já protegido pelo crime antecedente. Em respeito ao princípio da proibição de dupla punição pelo mesmo fato ilícito (*non bis in idem*), este entendimento impediria, em tese, a punição da chamada autolavagem, bem como o concurso entre o crime de lavagem de ativos e o delito antecedente, hipóteses já chanceladas pela jurisprudência brasileira.[266]

A seu turno, Eduardo A. Fabián Caparrós[267] anota que a lavagem de ativos é o filho parricida de um mercado cada vez mais pluridimensional e interativo. Nesse

---

[265] GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA , José de Faria; SILVA , Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 154.

[266] Conforme admitido, por exemplo, na Ação Penal n. 470/2005/Minas Gerais, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17/12/2012, Tribunal Pleno, cujo trecho do voto do então Ministro Ayres Britto (p. 4.241) bem espelha a tese vencedora sobre o tema: “Por conseguinte, o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro pode ser qualquer pessoa, inclusive o autor, co-autor ou partícipe do crime antecedente. Este, aliás, o entendimento que baliza a doutrina brasileira [...]. Vale lembrar, ademais, que ao revés do que ocorre em países como a Itália, Alemanha, Áustria e Suécia, a Lei n. 9.613/1998 não proíbe que o responsável pelo crime antecedente seja também sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro. Nosso legislador, acolhendo uma tendência internacional preferiu não excluir os autores dos crimes antecedentes do rol de possíveis sujeitos ativos do crime de lavagem”.

diapasão, tal corrente doutrinária sinaliza que a ordem econômica é o bem jurídico albergado.[268] Dentro desse quadro, Callegari e Scheid[269] defendem que o bem jurídico tutelado é a higidez do sistema econômico-financeiro do país, sendo essa a distinção fundamental entre a lavagem de ativos e as figuras típicas da receptação (crime previsto no artigo 180 do CP, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio individual) e do favorecimento real (delito previsto no artigo 349 do mesmo diploma legal, cujo objeto de proteção é a administração da justiça).[270]

Portanto, a lesividade do crime de lavagem de ativos se revela latente não por conta de meros objetivos de política criminal, mas por aspectos relevantes que densificam a ofensividade da respectiva conduta, tais como:

(1) na face microeconômica, a lavagem de ativos macula a liberdade econômica, em particular, no tocante à livre concorrência e à paridade de armas ao permitir que empresários e entidades mantidas com recursos lícitos venham a competir com negócios sustentados por divisas de origem criminosa;[271]

---

[267] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido...* op. cit., p. 17.

[268] SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1998: primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* V. 102. São Paulo: janeiro/dezembro de 2007, p. 905/906.

[269] CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Orgs.). *Lavagem de Dinheiro*. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 32.

[270] Sublinhe-se também que a lavagem de ativos não necessariamente aumentará o patrimônio do autor. Cf. PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro... op. cit., p. 219. Outra diferença da lavagem de ativos em relação à receptação e ao favorecimento real é o caráter progressivo da primeira figura típica. Embora a redação do tipo penal assim não indique para fins de consumação, a lavagem de ativos é, por essência, um processo ao longo do qual os recursos distanciam-se, passo a passo, de sua origem ilícita. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido*... op. cit., p. 68.

[271] Lavadores de ativos não costumam se pautar ou comportar de acordo com critérios tradicionais de racionalidade econômica, ou seja, nem sempre buscam o máximo rendimento possível, afinal os recursos que manejam não lhes pertencem legitimamente. Tais agentes buscam somente o lugar e a aplicação que lhes garantam o afastamento dos recursos da origem ilegal, circunstância que justifica a oferta de preços muitas das vezes abaixo do custo, além de operações volúveis e absolutamente incomuns, o que abala a credibilidade das relações econômicas. Nas palavras de Isidoro Blanco Cordero: *"El blanqueador no busca rentabilidad, sino tranquilidad."* BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 227.

(2) na face macroeconômica, a lavagem de ativos tende a desvirtuar qualquer política econômica estatal e vulnera a estabilidade monetária do Estado ao viabilizar mudanças inesperadas no valor da moeda, a distorção artificial dos preços de bens e serviços, uma vez que o lavador de ativos busca os setores de mercado e jurisdições onde os controles sejam frouxos e menos efetivos.[272]-[273]

Destarte, a confrontação de uma delinquência cada vez mais organizada e tecnicamente preparada com as infindáveis possibilidades oferecidas pela atual configuração do mercado econômico-financeiro faz da lavagem de ativos um exemplo concreto de delito que viola gravemente valores sociais primordiais, sobretudo a partir da viabilização do controle de determinados nichos do mercado por criminosos e da progressiva dependência de profissionais ao capital de origem ilegal.[274]

---

[272] A Convenção de Viena (Decreto n. 154/1991) atesta, em sua ementa, o reconhecimento internacional dos vínculos existentes entre o narcotráfico e outras atividades criminosas organizadas, "que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados" e geram "consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis". No mesmo sentido, a Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687/2006) expressa, em sua ementa, o vínculo entre a corrupção e "outras formas de delinqüência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro", bem como a possibilidade de que tais atividades ilícitas possam ameaçar "a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos".

[273] Os efeitos nocivos da lavagem de ativos se mostram sensíveis no tríplice aspecto: social, político e econômico. Um exemplo dessa afirmação é exposto pela situação recente do Chipre, pequeno país europeu de oitocentos mil habitantes, conhecido pela desregulação de seu mercado financeiro e tradicionalmente apontado como o paraíso fiscal onde seriam lavados recursos ilegais advindos da Rússia e China, principalmente. Estima-se que, em janeiro de 2013, os depósitos e aplicações em bancos sediados nessa ilha superavam em sete vezes o PIB do país quando, então, foram abruptamente deslocados para outros países. A *Oxford Economics*, entidade ligada à famosa universidade inglesa, chegou a atestar que a derrocada econômica do Chipre poderia custar às economias europeias cerca de 300 milhões de euros (3% do PIB da União Europeia) e sua eventual saída do bloco seria ainda mais custosa (algo em torno de 10% do PIB europeu). Por outro lado, as medidas exigidas pelo Banco Central Europeu, FMI e Comissão Europeia para resgate do Chipre provocaram grande convulsão social e o surgimento do sentimento antieuropeu no país, que passou, então, a discutir a convocação de um referendo para retirar-se da União Europeia. Sobre o tema: CEVALLOS Y TORRES, José Fernández de. *Blanqueo de capitales y principio da lesividad.* Salamanca: Ratio Legis, 2014, p. 162.

[274] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 868.

Para uma terceira corrente de pensamento[275], a administração da justiça seria o bem jurídico violado, uma vez que a ocultação de recursos ilícitos prejudicaria a efetividade da legislação penal, especialmente no que diz respeito à cessação do ciclo delinquente e ao confisco do produto criminoso, sendo esse um dos efeitos legais da condenação penal, nos termos do artigo 91, II, ´b´ do CP.

Por fim, a linha doutrinária majoritária enxerga o crime de lavagem de ativos com caráter pluriofensivo[276], tendo em vista que, por meio deste, é estabelecida a tutela diversos bens jurídicos, variando entre a prevalência da estabilidade do sistema econômico-financeiro do país e a administração da justiça, consistente no descobrimento, processamento e punição de crimes graves.

Nesses moldes, insere-se a opinião de Isidoro Blanco Cordero[277], segundo o qual o bem jurídico amparado pela lavagem de ativos não é fixo, e sim dinâmico. Assim, quando envolvidas grandes somas de dinheiro, a lavagem de ativos atingiria a ordem socioeconômica. Noutro giro, quando envolvidas pequenas quantias de

---

[275] Cf.BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APN 470/MG*... op. cit., p. 396; PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro… op. cit, p. 221/222. Nessa perspectiva, a incriminação da lavagem de ativos se vincularia à proteção da administração da justiça, haja vista o fim precípuo de cumprir os fins da pena quanto à viabilização do confisco do produto financeiro da prática do crime de modo a evitar que o crime compense ou financie futuros delitos. Assim, a lavagem não protege genericamente a ordem socioeconômica, o que torna equivocada a topografia utilizada no Código Penal espanhol para inserção do respectivo tipo. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Que se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre um bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" em el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 22.

[276] BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei n. 9.613/98. São Paulo: RT, 2007, p. 54. Também no sentido da pluriofensividade, porém, destacando a prevalência da proteção à ordem socioeconômica no tocante à preservação da reputação das instituições financeiras e dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 116. No mesmo sentido do acolhimento do caráter pluriofensivo do delito, porém, frisando a predominância valorativa da tutela da administração da justiça e da ordem econômica, bem como o fato de que o sujeito passivo do delito seria o Estado, na condição de tutor dos interesses supraindividuais violados: FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro*: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 229. Para Fausto Martin DE SANCTIS, há ofensa direta à ordem socioeconômica e financeira, além de ofensa indireta à administração da justiça. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*: teoria e prática... op. cit., p. 33 e DE SANCTIS, Fausto. *Delinquência econômica e financeira*: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190. Para JOBIM, -os bens protegidos são a administração da justiça, a estabilidade econômica e a saúde do sistema financeiro. JOBIM, Nelson. A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos. *Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 18.

[277] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 220.

dinheiro ou bens de pequeno valor, não se poderia dizer que a conduta afetaria, sistêmica e significativamente, o sistema econômico.

Porém, ressalta o aludido autor que, em ambas as hipóteses mencionadas, restaria afetada a administração da justiça. Daí a conclusão do mesmo no sentido de que o crime de lavagem de ativos é pluriofensivo, sendo predominante a proteção disposta em favor da administração da justiça. Por tal razão, países como Suíça, Itália e Alemanha tipificam a lavagem de ativos no capítulo de seus respectivos códigos penais dedicado aos “Crimes contra a Administração da Justiça”.[278]

Feita a breve exposição dos posicionamentos doutrinários a respeito da questão do bem jurídico tutelado pela incriminação da lavagem de ativos, constata-se, de plano, que nenhum deles é imune a críticas, que variam da alegação de imprecisão do conceito de ordem econômica ao apontamento de que a falha na persecução penal dos crimes antecedentes à lavagem de ativos não deveria ser suprida com a criação de um novo tipo penal. Há ainda quem assevere que os interesses supraindividuais citados, sobretudo a ordem econômica e a estabilidade monetária do país, não seriam vulnerados com a prática isolada de um crime de lavagem de ativos, considerada um delito cumulativo ou por acumulação[279], mas somente pela reiteração massificada destes, o que, em tese, afrontaria os princípios da lesividade e da culpabilidade individual.

---

[278] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 192.

[279] A noção de delito cumulativo ou de acumulação (*kumulationsdelikte* ou *accumulative harms*) surgiu, na década de 1970, no âmbito da discussão em torno dos crimes ambientais com o sentido de criticar a punição criminal quando os comportamentos individualmente considerados são desprovidos da capacidade de vulneração do bem jurídico penalmente tutelado. Nesse aspecto, apenas a eventual repetição em grande escala (efeito sinergético) por outros agentes geraria o temido risco de dano. Embora a denominação tenha sido pioneiramente empregada em 1986, por Lothar KUHLEN, a concepção dos delitos de ou por acumulação remete ao estudo de Joel FEINBERG, datado de 1984, que, em resposta à questão *"what if everybody did it?",* concluiu que, embora aparentemente inofensivas e irrelevantes, determinadas condutas revelavam-se perigosas quando da consideração hipotética de sua reprodução em massa. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 233. No mesmo sentido, Susana Aires de SOUSA afirma que a fenomenologia dos crimes fiscais reforça o pensamento cumulativo e a legitimidade da incriminação daquele que falta com sua contribuição fiscal. Nesse caso, relembra a autora que a conduta lesiva a um patrimônio multimilionário, por exemplo, não deixa de configurar crime de furto, razão pela qual o não pagamento fraudulento ou a redução indevida de tributos não deixa de constituir ato lesivo. SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 301.

À vista desse quadro, crê-se que a razão está no reconhecimento do caráter pluriofensivo do delito de lavagem de ativos, considerando-se que os interesses vulnerados pela ocultação do patrimônio obtido criminosamente perpassam, a um só tempo, pela administração da justiça e pela ordem-econômica. Em que pese a citada crítica fundamentada nos postulados da ofensividade e da culpabilidade individual, é acertada a admissão da legitimidade da previsão legal de delitos classificados como de perigo abstrato e cumulativos, tal como a lavagem de ativos. Sobre esse aspecto, mostra-se irrazoável a pretensão de exigir, para fins de tipificação abstrata, a produção de danos irreparáveis ou de dificílima reparação, bem como, o que seria ainda mais absurdo, a aniquilação completa do interesse jurídico que se pretende proteger.[280]

3.3 Os fundamentos da autonomia típica

Os objetivos da tipificação penal da lavagem de ativos de forma autônoma podem ser sintetizados em quatro pilares merecedores de análise apartada a seguir: (1) o impedimento da compensação criminosa; (2) o reforço ao confisco do produto criminoso; (3) a identificação dos comandantes de organizações criminosas e, por fim, (4) o isolamento financeiro do criminoso.

3.3.1 O impedimento da compensação criminosa

Nas palavras de Steven M. Levy[281], a lavagem de ativos é a resposta-chave que assegura que, ao fim do dia, o crime realmente compense. Por esse prisma, a

[280] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*… op. cit., p. 33.

[281] Em tradução livre da seguinte assertiva: *"*Money Laundering is the answer, the key to make certain that, at the end of the day, crime actually pays." LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation*: banking, corporate & securities compliance. 2. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016, p. 1.02.

ideia propulsora da tipificação penal da lavagem é lastreada na efetivação do adágio segundo o qual o crime não compensa ou, ao menos, não deve compensar. Logo, o sancionamento da lavagem torna a atividade criminosa menos atrativa à medida que se procura obstruir a fruição da vantagem econômica auferida pelo delinquente.[282]

O arcabouço fundamentador dessa ideia é fornecido por dois aspectos já esclarecidos, quais sejam: a teoria da escolha racional (*rational choice theory*) e pela vertente criminal do movimento *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito - AED), de onde decorrem as premissas da racionalidade do delinquente do colarinho branco.[283]

Nos termos da preleção de Kai Ambos[284], a orientação da política criminal implícita no enfrentamento da lavagem de ativos procura obrigar o criminoso a permanecer sentado em seu capital sujo, o que deve se dar, segundo a complementação de Moro[285], até que o Estado venha lhe tomar o assento. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma autêntica cultura de investigação, prevenção e repressão relativa ao crime de lavagem de ativos, o que – reconheça-se – ainda está em curso no Brasil.[286]

---

[282] Tal fundamento é reconhecido, por exemplo, na Convenção de Viena (Decreto n. 154/1991), onde se atesta, na ementa, a intenção internacional de "privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade".

[283] Sobre o enquadramento da criminalidade econômica organizada no perfil criminológico da delinquência do colarinho branco: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 106. No mesmo sentido: CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento...* op. cit., p. 17.

[284] AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal.* Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 63.

[285] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*... op. cit., p. 16.

[286] Ibid., p. 98/99.

3.3.2 O reforço ao confisco do produto criminoso

Algumas investigações recentes apontam que a filosofia judaico-cristã teria, supostamente, influído na tipificação da lavagem de ativos, haja vista que, segundo a referida crença religiosa, o produto econômico do delito equivaleria ao fruto de um pecado e, portanto, seria algo corrompido e impuro, indigno de fruição e merecedor de segregação, ao menos até que retorne ao legítimo proprietário e, dessa maneira, seja apagada a mácula que pesa sobre o mesmo.[287]

Logicamente, no seio de um autêntico Estado Democrático de Direito, laico por essência (artigo 19, I da CR/88), tal argumento não seria legítimo a ponto de justificar a incriminação de qualquer conduta. No entanto, o desapossamento dos bens obtidos ilegalmente é consequência justa do reconhecimento da violação ao ordenamento jurídico consubstanciado na punição criminal aplicada pelo Estado.

Seguindo essa linha de raciocínio, o artigo 91, II, ´b´ do vigente CP estabelece que a perda, em favor da União Federal, do produto do crime – entendido este como qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso – configura um dos efeitos genéricos[288] da condenação penal. Sendo assim, a tipificação da lavagem de ativos reforçaria a possibilidade de confisco do produto patrimonial propiciado ao agente pela prática delitiva.

De qualquer forma, a incriminação da lavagem de ativos importa em autêntica revisão do adágio *pecunia no olet*[289]*,* uma vez que, em que pese não ter cheiro, a

---

[287] BOSWORTH-DAVIES, R. The influence of Christian moral ideology in the development of anti-money laundering compliance in the west and its impact, post 9-11, upon the South Asian Market: An independent evaluation of modern phenomenon. *Journal of Money Laundering Control*. V. 11, 2008, p. 179.

[288] Tais efeitos são automáticos e prescindem de manifestação expressa ou mesmo fundamentação por parte do Juízo, consoante interpretação, *a contrario sensu*, do disposto no artigo 92, parágrafo único do CP.

[289] Conta-se que o imperador Vespasiano, sucessor de Nero, procedeu a uma série de reformas financeiras no Império Romano visando a arcar com gastos bélicos. Daí teria surgido a ideia de criação de um tributo que observaria, como hipótese de incidência, o uso de mictórios públicos. Ao ser questionado por seu filho Tito acerca do descabimento do aludido tributo, Vespasiano teria colocado uma moeda arrecadada com a cobrança do mesmo próxima ao nariz de Tito e lhe perguntado se o odor era desagradável, tendo ele respondido negativamente. A partir de então, cunhar-se-ia a frase “pecunia non olet”, fundamentada na ideia de que, independentemente da

mácula sobre o produto patrimonial de ilegalidades persistirá até que cumprido o aludido mandamento confiscatório.

3.3.3 A identificação dos comandantes de organizações criminosas

Em termos de política criminal, punir a lavagem de ativos equivale a punir os indivíduos que ocupam a cúpula de comando das organizações criminosas, verdadeiros destinatários finais da maior parte da alta lucratividade dessas entidades. As pessoas que ocupam os níveis mais elevados da hierarquia do mundo delinquente usualmente não "sujam as mãos", ou seja, distanciam-se moral e geograficamente da execução direta das atividades criminosas, embora jamais se desvencilhem de sua rentabilidade. Desse modo, o rastreamento dos fundos ilícitos leva, inexoravelmente, à identificação dos mentores da delinquência organizada.[290]

Assim como os rios tendem a fluir na direção do oceano, os montantes oriundos de crimes rentáveis seguem, naturalmente, para os dirigentes das organizações criminosas que os praticam, sendo essa, aliás, a razão principal de sua existência. Pouco importa se por caminhos mais longos ou mais curtos, por operações mais complexas ou simplórias, fato é que, ao final e ao cabo, o produto financeiro sempre terá por destino o comando da engrenagem delitiva.

Com efeito, a partir da estratégia de seguimento do dinheiro (tradução literal da conhecida expressão *follow the money*), busca-se a reconstituição do itinerário transacional (*paper trail* ou *paper tracing)*[291] percorrido pelo montante que se prentendia ocultar, tornando-se viável identificar e punir os comandantes de grupos criminosos organizados, o que vem a facilitar o seu desbaratamento e a cessação do ciclo delitivo.

---

origem, o dinheiro não perderia seu valor e importância patrimonial. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 47.

[290] ALLDRIDGE, Peter. *The moral limits of the crime of money laundering*…op. cit., p. 290.

[291] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales.* Salamanca: Colex, 1998, p. 81.

3.3.4 O isolamento financeiro do criminoso

O combustível que move a macrocriminalidade é o seu poderio econômico. Na comparação de Lilley[292], o dinheiro é o sangue vital das manifestações delinquentes mais incisivas e o processo de lavagem de ativos pode ser encarado como o coração e os pulmões do sistema depurador circulatório que permite a sobrevivência do organismo criminoso. Assim sendo, um dos objetivos da tipificação da lavagem de ativos é propiciar a asfixia financeira das organizações criminosas ou, no dizer de Isidoro Blanco Cordero, gerar a "excomunhão econômica"[293] do delinquente de modo a frear sua influência nos meios social, político e econômico.

São fartos os episódios, nacionais[294] e estrangeiros[295], nos quais delinquentes se valeram dos vultosos lucros que obtiveram ilegalmente para se infiltrar e galgar prestígio junto à coletividade, a mídia e os detentores do poder político.

---

[292] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais... op. cit., p. 17.

[293] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 497.

[294] À guisa de ilustração fática, cite-se o caso do falecido criminoso que ficou conhecido, no Rio de Janeiro da década de 1980, como Castor de Andrade e que foi judicialmente condenado por exploração do jogo ilegal, entre outros ilícitos. Mesmo sendo publicamente reconhecido como criminoso contumaz, Castor presidiu, por vários anos, o tradicional Bangu Atlético Clube, que impulsionado pelo investimento de dinheiro sujo, chegou a ser vice-campeão brasileiro de futebol em 1985. O mesmo delinquente comandou também a Mocidade Independente de Padre Miguel, escola de samba carioca não menos famosa. Em maio de 1994, uma diligência de busca e apreensão logrou encontrar, na suntuosa fortaleza em que residia o criminoso, anotações contábeis que ficaram conhecidas como "A Lista do Castor", na qual constavam supostos pagamentos de propinas realizados, desde 1979, na ordem de mais de um milhão de dólares. No total, 125 agentes públicos e políticos de alto escalão tiveram seus nomes incluídos individualmente na lista do Castor. Dados coletados pelo Centro de Estudos e Pesquisas sobre Corrupção, disponíveis em: <http://www.cepcorrupcao.com.br/1990/Anos-1990-22-Jogo-do-Bicho2.pdf>. Acesso em: 25dez.2014. Sobre a referida lista do Castor, confira-se também: NEGRINI, Pedro Paulo; AULER, Marcelo; LOMBARDI, Renato. *Enjaulados*: presídios, prisioneiros, gangues e comandos. Rio de Janeiro: Gryphos, 2008, p. 118.

[295] Pablo Escobar chegou a possuir três clubes de futebol, sendo o mais conhecido deles o Club Atlético Nacional, sediado na cidade colombiana de Medelin. PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar*: meu pai. Tradução de Miguel Del Castillo; Bruno Matos. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2015. Outro famoso clube do futebol colombiando, o América de Cali, teria pertencido ao criminoso Miguel Rodríguez Orejula, líder do Cartel de Cali. Cf. LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais.... op. cit., p. 91.

Sobre tal aspecto, vale citar o conhecido exemplo do Rio de Janeiro, onde delinquentes abastados financiaram durante a década de 1980 – se é que ainda não o fazem – atividades de lazer coletivo, controlando, por exemplo, clubes de futebol[296] e escolas de samba, mesmo após serem presos e múltiplas vezes condenados em diversas instâncias do Poder Judiciário. Embora singela e eufemisticamente apelidados de contraventores ou banqueiros do jogo do bicho, tais criminosos também foram acusados de corromper agentes públicos de alto escalão, financiar campanhas políticas e imiscuirem-se em diversos setores econômicos, praticando concorrência desleal com empresários honestos.

Também durante a década de 80, tornou-se conhecida a relação do falecido narcotraficante Pablo Emílio Escobar Gaviria, apelidado como *El Patrón*, que chegou a figurar na lista dos dez maiores bilionários do planeta, com o mundo futebolístico. O grande ídolo de Escobar[297], o criminoso ítalo-americano Al Capone, também investiu altas somas de origem ilegal na promoção de sua imagem junto à sociedade, chegando a contratar, na década de 1920, os mesmos assessores publicitários que prestavam serviços ao magnata John D. Rockefeller.[298]

Tais exemplos ratificam o histórico uso do patrimônio oriundo de ilegalidades para a promoção de uma espécie de marketing delinquente, que visa a auxiliar criminosos no esmaecimento de possíveis resistências quanto a sua inserção no tecido social. A dissimulação patrimonial não se dá somente com o fim de assegurar a impunidade, mas também permite investimentos, alguns de cunho supostamente

---

[296] Citando pesquisa feita pelo GAFISUD, John Vervaele ressalta ser este um dos mecanismos de lavagem mais frequentes ultimamente: “Muy conocido és el caso de lós clubes de fútbol que están en la quiebra y aparece un salvador e invierte en ellos. Cuando ofrecen una gran cantidad de dinero para salvar un club nos referimos a las transferências fraccionadas de dinero ilícito a través de giros o cheques, por médio de empresas de fachada.” VERVAELE, John. *Delincuencia econômica y lavado de activos:* ¿Um nuevo paradigma del sistema penal?, p. 31. Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/John_Vervaele/publications>. Acesso em: 11jun.2015.

[297] Valendo-se da fortuna ilicitamente amealhada e estimada, à época, em cerca de três bilhões de dólares, Escobar comprou uma fazenda por cerca de 90 milhões de pesos (2,35 milhões de dólares) e a batizou de Nápoles, devido à grande idolatria que nutria por Al Capone, gângster ítalo-americano cujo pai nascera na cidade italiana assim nominada. Cf. PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar*: meu pai... op. cit., p. 137.

[298] Capone não teria obtido êxito considerável dadas as acusações que lhe imputavam a responsabilidade pela determinação ou execução pessoal de mais de trinta homicídios. Cf. ALLER, Gérman. *Criminalidad del poder económico...* op. cit., p. 141.

benemérito ou filantrópico e que, adicionalmente, propiciam a criminosos a simpatia e o trânsito social nos mais distintos e nobres salões.[299]

3.4 A questão terminológica

Etimologicamente, costuma-se atribuir o aparecimento da expressão “money laudering” (lavagem de dinheiro, em tradução literal) ao fato de Alphonsus Gabriel Capone, criminoso que ficou popularmente conhecido pelas alcunhas de Al Capone e *Scarface*, ter utilizado lavanderias de roupas e lava-jatos de automóveis como fachada para mascarar o fato de que sua evolução patrimonial estava ligada, entre outras atividades igualmente criminosas, à exploração ilegal da produção e comercialização de bebidas alcoólicas durante a vigência da Lei Seca nos EUA (1920-1933).[300]

A mencionada fórmula vocabular veio a reaparecer, em 1973, a partir de matérias jornalísticas publicadas no jornal britânico *The Guardian*, por ocasião do caso Watergate. Na época, o comitê de campanha para reeleição do então Presidente norte-americano, Richard Nixon, foi acusado de executar movimentações financeiras direcionadas ao México com o fim de legitimar fundos ilegais de campanha, que, posteriormente, retornariam “lavados” para os EUA. Foi também durante o escândalo Watergate que surgiu a expressão “follow the money”, que viria a se tornar importante estratégia de investigação do crime de lavagem de dinheiro.

---

[299] GOMES, Abel. A obrigação de comunicar operações suspeitas. *Revista da AJUFE*. V. 21. Brasília: 2004, p. 45.

[300] Conforme destacado pelo ex-Diretor do *Financial Crimes Enforcement Network* (FINCEN), unidade de inteligência financeira norte-americana, Stanley Morris, o fracasso de Capone na dissimulação da raiz criminosa de sua renda fez com que outros grupos delinquentes passassem a buscar a otimização dessa prática, passando a contratar profissionais da área financeira que se especiliazaram na criação de métodos que os livrassem do destino de Al Capone, surgindo a partir daí a ideia de investimento em cassinos de Las Vegas e Cuba. Morris adverte também que, ao contrário do que é tradicionalmente retratado em produções cinematográficas (por exemplo, no filme “Os Intocáveis”), os agentes públicos responsáveis pela investigação que resultou na condenação e prisão de Capone, em 1931, por sonegação tributária não eram policiais propriamente ditos, mas sim contadores, então chefiados pelo economista Eliot Ness. Cf. MORRIS, Stanley E. Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros – experiência americana... op. cit., p. 37.

Teria sido esta uma orientação do descobridor do esquema, o repórter do jornal *Washington Post*, Bob Woodward, de codinome "Garganta Profunda".[301]

O primeiro registro de uso jurisprudencial da expressão *"money laundering"* se deu, em 1976, por força de decisão prolatada, nos EUA, pela Corte de Apelações do Segundo Circuito (caso *US vs. Pappa*).[302]

Ao redor do mundo, é bastante extensa a variedade de denominações atribuídas ao comportamento delitivo abordado, sendo colacionadas pela doutrina as seguintes[303]: *blanchiment des capitaux* (França), *blanchissement d´argent* (Bélgica); *blanchissage* (Suíça); *gelwäsche* (Alemanha); *blanqueo de capitales* ou *lavado de activos* (Espanha); *riciclaggio di denaro sporco* (Itália);[304] *lavado de dinero* (Argentina); *money laudering* (EUA e Reino Unido) e branqueamento de dinheiro (Portugal). Registram-se também outros termos propostos pela doutrina, tais como: regularização, reconversão, naturalização ou normalização de ativos.[305]

Diante desse quadro tão variado, constata-se que as ações estatais empreendidas em face da lavagem de ativos correspondem, de um lado, ao cumprimento de compromissos assumidos no âmbito da comunidade internacional e, de outro lado, denota-se que a preocupação em torno do referido delito está longe de ser exclusiva de determinado país ou região, sendo, ao revés, compartilhada universalmente.

No Brasil, o legislador optou, originalmente, pelo acolhimento da expressão "lavagem de dinheiro", o que, segundo a exposição de motivos da Lei n. 9.613/98[306],

---

[301] RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiros.* São Paulo: Trevisan, 2013, p. 82. No mesmo sentido: GILMORE, Wiliam C. *Money Laundering*: the international aspect. In: Money Laundering. Hume Papers on Public Policy. V. I. N. 2. Edinburg: Edinburg University Press, 1993, p. 02.

[302] LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation…* op. cit., p. 1.03.

[303] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*: teoria e prática... op. cit., p. 27.

[304] O termo reciclagem teria sido proposto por iniciativa de banqueiros suíços que rejeitaram inicialmente o termo "branqueamento" por passar a impressão de algo sujo envolvido na atividade bancária. Cf. ZIEGLER, Jean. *A Suíça lava mais branco.* Lisboa: Editorial Inquérito, 1990, p. 89.

[305] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais...* op. cit., p. 29.

[306] Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 21jun.2013.

ocorreu por dois fundamentos: (1) a tentativa de uniformização da matéria, tendo em conta ser esta a linguagem corriqueiramente utilizada em tratados e recomendações internacionais sobre a matéria, e (2) a intenção de afastar possíveis conotações racistas decorrentes do termo "branqueamento".

No entanto, a adoção da locução "lavagem de dinheiro" foi infeliz, seja pelo uso de linguagem figurada[307] em texto que deveria primar pela clareza técnica e redacional, seja porque o comportamento incriminado abrange, como objeto material, não apenas dinheiro em espécie, mas sim a totalidade dos bens, direitos ou valores provenientes da prática de infrações penais.[308]

Em que pese tenha mantido o termo metafórico "lavagem" na ementa, a nova redação da Lei n. 9.613/98, atribuída pela Lei n. 12.683/2012, excluiu a referência estrita a "dinheiro", passando a mencionar genericamente a bens, direitos e valores. À vista do exposto, crê-se que a expressão lavagem de ativos é a mais adequada sob o prisma técnico, bem como se mostra mais coerente e compatível com o real conteúdo do comportamento legalmente descrito.[309]

---

[307] No entanto, registre-se que há quem defenda o emprego e a importância da linguagem metafórica, especialmente em textos técnicos e científicos, como se verifica a seguir: "A metáfora está sempre no pensamento científico. Não é apenas um artifício poético, mas uma forma de surpreender o imponderável, fugaz, recôndito ou essencial, escondido na opacidade do real. A metáfora combina reflexão e imaginação. Desvenda o real de forma poética, mágica. Ainda que não revele tudo, e isto pode ser impossível, sempre revela algo fundamental." IANNI, Octavio. *Teorias da globalização...* op. cit., p. 22.

[308] A doutrina espanhola costuma traçar distinção entre "dinheiro negro", que seria aquele mantido à margem do controle da fisco, e "dinheiro sujo", que seria proveniente de atividades ilegais. Sobre o tema: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 58 e BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 87/88. Ao menos diante da legislação brasileira, a distinção referida é absolutamente inócua e desprovida de fundamento técnico ou fático que a justifique.

[309] No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro...op. cit., p. 33. Rodolfo Tigre MAIA prefere as expressões "reciclagem de ativos ilícitos", na linha preconizada pela legislação italiana, ou legitimação de ativos ilícitos. Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57. Considerando que a melhor denominação para o referido delito seria o de "legitimação de ativos": BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico.* 2. ed. Madrid: Ramón Aceres, 2010, p. 715.

3.5 A evolução histórica: da artesanal ocultação de patrimônio de origem ilegal à profissionalização da lavagem de ativos

Não há precisão doutrinária quanto ao apontamento da figura típica que, ao longo da história, equivaleria ao que hoje se conhece como lavagem de ativos.

Em sua época, o Código de Hamurabi punia, com a pena de morte, o indivíduo que estivesse no exercício da posse ou fruição de bens da Corte ou escravos de terceiros, sem a devida comprovação da licitude da aquisição destes.[310] Há quem afirme, no entanto, que a incriminação mais assemelhada à noção atual de lavagem de ativos adviria da China, onde, há cerca de três mil anos, foi estabelecido o sancionamento penal para mercadores que transferissem a terceiros bens sonegados perante o fisco.[311]

Se por uma vertente, perdem-se no tempo as tentativas de efetivar o dogma de que o crime não compensa, por outro prisma, é relativamente recente o processo de sofisticação e intensificação da ocultação de patrimônio ilegalmente auferido, o que provocou o ressurgimento das reflexões sobre o assunto em âmbito universal.

A pioneira incriminação da conduta que hoje se conhece como lavagem de ativos ocorreu na Itália. Essa iniciativa foi deflagrada quando a Brigada Vermelha (*Brigate Rose*), grupo armado de raízes ideológicas supostamente marxistas, promoveu o sequestro e homicídio de Aldo Moro, influente político italiano. Como resposta, o governo da Itália editou o Decreto-Lei n. 59, de 21 de março de 1978, o qual introduziu, no Código Penal, o artigo 648, bis, incriminando, a partir de então, a substituição do patrimônio proveniente de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros bens.[312]

---

[310] GIORDANI, Mário Curtis. *História do Direito Penal entre os povos antigos do oriente próximo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12 e 17.

[311] HOTTE, David. G; HEEM, Virginie. *La lutte contre le blanchiment des capitaux.* Paris: LGDJ, 2004, p. 05. No mesmo sentido: MACEDO, Amilcar Fagundes Freitas. O crime de lavagem de dinheiro – algumas reflexões. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, março/2008, p. 10.

[312] Sobre o pioneirismo incriminatório do legislador italiano, assim explana Eduardo Fabián Caparrós: "[...] el legislador italiano introdujo el artículo 648 bis desde el convencimiento de que reducir al potencial delincuente las opciones de lograr el disfrute pacífico y efectivo de unas eventuales rentas ilícitas tal vez pudiera hacerle desistir de su propósito, aminorándose com ello el peligro de que se lesionara el bien jurídico tutelado por las infracciones previas allí mencionadas. Dicho en otros términos más claros, la criminalización iría destinada a crear en la mente del traficante la idea de que

Entretanto, o protagonismo em matéria de promoção de políticas antilavagem é atribuído aos EUA e sua política de Guerra às Drogas (*War on Drugs)*[313], lançada, na década de 1970, pelo governo Nixon e reforçada, nos anos 80, pelo governo Reagan. Perante esse contexto, uma das principais diretrizes foi a de procurar asfixiar economicamente as organizações criminosas dedicadas ao narcotráfico por meio do controle de suas operações financeiras, tendo em conta que a maior fraqueza da macrodelinquência está exatamente centralizada no seu relacionamento com bancos.

O marco dessa estratégia foi configurado, inicialmente, com cunho preventivo-administrativo e sem repercussão criminal, a partir do *Currency and Foreign Transactions Reporting Act*, incorporado no Título II da Lei de Sigilo Bancário (*Bank Secrecy Act),* em 1970.[314] Entretanto, seguiram-se anos de escasso acatamento das diretrizes fixadas até que, em 1984, foi elevado o valor das sanções pecuniárias aplicáveis às instituições financeiras, o que ocorreu também sem êxito significativo. Foi então que, em 1986, os EUA editaram uma lei verdadeiramente incriminadora (*Money Laundering Control Act*), passando a exercer pressão internacional para difusão da nova política criminal antilavagem.[315]

---

la actividad que desarolla no compensa, no merece la pena." FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La fenomenología de lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bíen jurídico protegido...* op. cit., p. 38.

[313] Tal política foi implementada por meio de série de medidas de controle sobre a produção e circulação de determinados tipos de drogas disciplinadas no *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, de 1970.

[314] Ao contrário do que a denominação pode sugerir, este diploma legal criou diversas exceções ao dever de manutenção do sigilo sobre dados bancários e instituiu medidas embrionárias de controle do sistema financeiro, como, por exemplo, a obrigatoriedade de comunicação de operações a autoridades reguladoras e de manutenção do registro de transações. Sobre o tema: GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais...*op. cit., p. 62.

[315] Com o respaldo do reconhecimento da constitucionalidade do *Bank Secrecy Act* pela Suprema Corte (o que se deu em 1974, no julgamento do caso *California Bankers Association vs. Schultz*), os EUA editaram, desde então, diversos outros diplomas legais sobre o tema, merecendo destaque: o *Money Laundering Supression Act* (1994), que determinou que os bancos deveriam estabelecer órgãos internos para elidir atividades suspeitas; o *Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act* (1998), que estabeleceu a obrigação de que as instituições financeiras implementassem políticas específicas antilavagem, bem como submetessem seus empregados a treinamento nesse sentido. Em 2001, o *US Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)* foi editado com o fim de combater o financiamento do terrorismo, alargando significativamente o conceito de instituições financeiras e, mais especificamente, o rol de obrigados a colaborar com a política antilavagem. Nessa ocasião, foi fixada a obrigação do estabelecimento de programas de compliance escritos e especificamente voltados à evitação de operações de lavagem de dinheiro por meio de instituições financeiras (ex.: proibição de negócios com bancos de fachada). Cf. GORDON, Steven D. *Implementation of effective compliance*

Diante desse quadro evolutivo, crê-se que, no panorama atual, a principal característica do escamotemento de patrimônio oriundo do cometimento de delitos é a tendência de terceirização dessa atividade a profissionais cada vez mais especializados.

A título de requisito típico, não há, no Brasil, exigência legal de que o crime de lavagem de ativos seja cometido mediante concurso de agentes, embora se trate de circunstância frequentemente verificada. Raros são os casos em que todos os atos do processo de dissimulação de fundos ilegais são feitos, exclusivamente, pelo próprio agente (autor ou partícipe) do crime antecedente, salvo em casos de pequenas quantias de dinheiro.

O mais comum é a utilização da chamada lavanderia familiar ou grupal, onde membros do mesmo clã (ex.: ligados pelo parentesco ou pelo credo religioso) se auxiliam mutuamente na empreitada de ocultação patrimonial, ou a contratação de profissionais e entes externos especializados na montagem e administração de esquemas de lavagem de ativos. Nesse aspecto, costuma-se destacar, por exemplo, a atuação de advogados e escritórios de advocacia[316] não somente para exercício do direito de defesa em sede de investigações e processos criminais, mas também na condição de *consiglieri*, jargão utilizado para denominar a figura que, em organizações mafiosas, seria responsável pelo aconselhamento em questões de análise de risco e investimento patrimonial.[317]

Os efeitos da profissionalização das técnicas de lavagem são variados, podento ser sintetizados em três planos. De início, pode-se citar a crescente

---

and ethics programs and the Federal Sentencing Guidelines, p. 37. Disponível em: <http://www.pli.edu/public/booksamples/26962_sample2.pdf>. Acesso em: 21jul.2016.

[316] Cite-se, como exemplo recente, o caso que ficou conhecido como *Panama Papers*, desvelado, em 2015, a partir de documentos, referentes a fatos supostamente ocorridos entre 1970 e 2016, enviados por fonte anônima para o jornal alemão *Süddeutsche Zeitung* e para o Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação, com sede em Washington. O material referia-se à sociedade de advogados Mossack Fonseca, sediada no Panamá, e que, em tese, teria assessorado clientes (entre eles, chefes de Estado, milionários e celebridades) das mais diversas partes do mundo na criação de mais de 214 mil empresas em paraísos fiscais. Embora a constituição e a gestão de empresas *offshore* em paraísos fiscais não constitua, de per si, uma infração penal, pendem sobre o caso suspeitas ainda investigadas da prática de diversos crimes antecedentes, tais como corrupção, evasão de divisas, crimes contra a ordem tributária e lavagem de ativos, entre outros. Dados disponíveis em: <http://www.bbc.com/news/world-35954224>. Acesso em: 01jan.2017.

[317] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*op. cit., p. 59.

tendência de separação das atividades criminais da lavagem dos valores resultantes. Via de regra, lavadores profissionais não costumam sujar as mãos, isto é, não tomam parte nos crimes antecedentes praticados por seus clientes. Outro fator corriqueiro é o aumento do número e da variedade de profissionais que vem se dedicando às operações de lavagem de ativos (ex.: contadores, advogados, banqueiros, economistas etc.), o que se deve, obviamente, à já comentada atratividade lucrativa desse ramo criminoso. Por fim, a oferta de estratégias e serviços de lavagem de ativos têm se notabilizado pela constante inovação, eis que, a todo momento, são descobertos novos nichos mercadológicos utilizados com a finalidade de regularização de patrimônio de origem ilegal.

3.6 A estrutura normativa internacional de combate à lavagem de ativos

Como já explicitado anteriormente, as manifestações criminosas mais nocivas no mundo contemporâneo caracterizam-se pela organização e transnacionalidade. Uma vez estruturados com características empresariais, tais grupos têm por fim a prática contumaz de delitos e se valem das vias de comércio internacional e dos meios de comunicação para perpetrá-los e escoar seus lucros para destinos seguros. Portanto, diante de uma delinquência que não obedece a fronteiras físicas não se pode vislumbrar outra resposta estatal que não seja coordenada e harmonizada em nível igualmente transnacional, sendo essa uma necessidade imperativa, sob pena de inefetividade.[318]

Sendo assim, no âmbito europeu, a iniciativa normativa de cunho transnacional mais remota foi Recomendação R(80) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, editada, em 27.06.1980, sob o título *Measures Against the*

[318] Nesse sentido, segue a assertiva doutrinária: “La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y transnacionalización de las relaciones económicas y sociales, están conllevando que muchos comportaminentos delictivos se realicen aprovechando las redes internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas compartivas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir [...] La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna.” ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal...*op. cit., p. 270.

Transfer and Safekeeping of Funds of Criminal Origins, sendo este o primeiro documento que, em que pese a ausência de força vinculante, apontou a necessidade de levar a sério a identificação de clientes e o estreitamento da cooperação jurídica internacional.

O segundo marco foi a Declaração dos Princípios da Basileia[319], adotada, em de 12 de dezembro de 1988, com o objetivo de uniformizar práticas e controles no sentido de evitar a utilização do sistema financeiro para fins ilícitos. O documento mencionado foi elaborado e publicado sob o título *Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money-laundering*[320]*,* pelo Comitê de Regulação e Supervisão Bancária, conhecido como Comitê da Basileia[321], órgão no qual estavam representados os bancos centrais e autoridades dos países que compunham o G-10.[322]

Trata-se do primeiro instrumento de autorregulação internacional especificamente voltado ao controle do sistema financeiro e que, apesar de não ter força vinculante, foi acolhido como uma espécie de código de conduta por entidades financeiras de mais sediadas em mais de cem países. Este documento é considerado o nascedouro normativo da política de aprofundamento da identificação de clientes de instituições financeiras (*Know You Customer* - KYC). As diretrizes

---

[319] Disponível em: <http://www.bis.org/list/bcbs/tid_32/index.htm>. Acesso em: 26set.2015.

[320] Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbsc137.htm>. Acesso em: 16ago.2016. O segundo acordo (denominado de Basileia II), foi editado, em 2004, para substituir o acordo de Basileia I, estabeleceu três pilares (proteção ao capital social de instituições financeiras; fiscalização e fomento à transparência dos dados divulgados ao mercado) distribuídos em 29 princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária. O terceiro e mais recente acordo (nominado de Basileia III) foi publicado, em 16 de dezembro de 2010, configurando um conjunto de medidas propostas com o fim de reforma da regulamentação bancária então existente. A iniciativa, agora empreendida pelo G-20, teve o fim de reforçar as garantias de estabilidade do sistema financeiro após a crise dos *subprimes*, ocorrida a partir de 2008. Como será analisado em item próprio, em cumprimento ao princípio 14 do Comitê da Basileia (entre os 25), o Banco Central editou a Resolução n. 2.554/98, a qual determinou que, até 31.12.1999, deveriam as instituições financeiras estabelecer sistemas de controles internos, bem como nomear um de seus diretores para supervisionar sua execução, o que torna possível concluir as regras de colaboração determinadas pela Lei n. 9.613/98 não chegaram a constituir novidade para as instituições financeiras.

[321] Entidade criada, em 1974, no âmbito do Banco de Compensação Internacional de Pagamentos, também conhecido como *Cooke-Blunden Commitee*, em homenagem a dois de seus ex-presidentes. Cf. ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero em la normativa internacional...* op. cit., p. 65.

[322] Grupo composto pelos 10 países mais desenvolvidos do mundo à época: Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Holanda, Bélgica e Suécia.

lançadas pelo Comitê da Basileia[323] constituíram a forma embrionária do que, posteriormente, viriam a ser as Recomendações editadas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI).

O terceiro e mais importante marco normativo sobre a matéria adveio em 20 de dezembro de 1988, quando foi celebrada, na cidade de Viena, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpeceentes e Substâncias Psicotrópicas, sendo este o primeiro diploma internacional de efeito vinculante que expressamente contemplou a obrigação dos Estados-signatários de tipificar penalmente a lavagem de ativos, ainda que com exclusiva referência ao produto financeiro da exploração do narcotráfico.

Posteriormente, a Convenção de Estrasburgo, editada pelo Conselho da Europa, em 08 de novembro de 1990, estabeleceu regras de congelamento e confisco de bens de origem ilícita, não somente os ligados ao narcotráfico, bem como previu a punição da lavagem culposa. Em 16 de maio de 2005, o referido diploma foi reformado com o fim de abranger a repressão do financiamento ao terrorismo e passa a ser conhecido como a Convenção de Varsóvia.

Diante da proliferação de normas penais internacionais e sua incorporação pelos ordenamentos nacionais, observam-se sucessivas iniciativas dispostas em face da criminalidade organizada, autêntica expressão delitiva da globalização que, entre outros exemplos, vem a ser corporificada pela repressão à lavagem de ativos.[324]

---

[323] Além da Declaração de 1988, o Comitê da Basileia publicou diversos outros documentos em matéria de organização e fiscalização de instituições financeiras, tais como: (1) Princípios Fundamentais de Supervisão Bancária (*Core Principles for Effective Banking Supervision)*, de 1997, documento que, revisado em 2006 e 2012, contém 25 princípios que orientam as instituições bancárias sobre controles internos adequados à natureza de seus negócios; (2) Padrão de Sistemas de Controle Interno em Organizações Bancárias (*Framework for Internal Control Systems in Banking Organizations),* de 1998, documento que contém 13 princípios sobre o estabelecimento de controles internos eficientes nas instituições bancárias; (3) Diligência sobre Clientes para Bancos (*Customer Diligence for Banks),* de 2001, documento que estabeleceu normas voltadas para análise da aceitação ou não de clientes e (4) Diretrizes sobre a função de compliance para bancos (*Compliance Function for Banks),* de 2005, documento que traça medidas organizacionais para resguardar a reputação e confiabilidade das instituições financeiras.

[324] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O papel do direito penal no século XXI. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena.* São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 357.

A vinculação inicial entre lavagem e narcotráfico se faz compreensível, seja por se tratar da modalidade criminosa mais rentável da história humanidade[325], seja pelo fato de que a negociação de entorpecentes no varejo é, geralmente, paga em espécie, o que demanda a existência de uma estrutura logística para conversão do papel-moeda em expressões econômicas de manuseio mais fácil e seguro.

Com a participação do Brasil, a XXII Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em Bahamas, entre 18 e 23 de maio de 1992, aprovou o Regulamento-Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos, cujo teor foi elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD). [326]

Posteriormente, outros tratados internacionais promovidos no âmbito da Organização das Nações Unidas difundiram o aludido mandamento criminalizador, tais como a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, celebrada em Nova York/EUA, em 15 de novembro de 2000[327] (artigos 6 e 7) e a Convenção

[325] Com baixo custo de produção, a comercialização de entorpecentes propicia margens de lucro elevadas e crescentes, sendo não somente a atividade delitiva de maior rentabilidade, mas a atividade econômica mais rentável que a humanidade já conheceu. Há quem aponte que o quilo da cocaína produzido na Colômbia custa cerca de US$ 1.500,00 dólares, sendo vendido, nos EUA, por até US$ 100.000,00. A ONU estima que os esforços na apreensão de drogas consigam atingir algo entre 28% a 40% dos carregamentos de cocaína. Cf. CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro.* São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 19. A extrema valia da cocaína também é traduzida pelo fato de que US$ 1 milhão em pasta da droga pesam cerca de 20 Kg, enquanto a mesma quantia em cédulas pesam cerca de 110 Kg. Cf. RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiros.* São Paulo: Trevisan, 2013, p. 48. Também em referência à atratividade lucrativa do narcotráfico, vale transcrever o importante relato de Juan PABLO ESCOBAR, filho do famoso narcotraficante Pablo Escobar: "[...] Estavam diante de uma mina de ouro, porque o quilo já processado de cocaína custava para eles 200 mil pesos na Colômbia (aproximadamente 5 mil dólares na época); já chega em Miami, incluindo despesas de transporte e seguro, tinha um custo total de aproxidamente 6 mil dólares. E, vendido em quantidades menores nas ruas, um distribuidor atacadista como meu pai podia chegar a receber 20 mil dólares por quilo no sul da Flórida, ou de 25 mil a 30 mil dólares em Nova York [...] além de tudo adicionavam cal, aspirina, vidro moído, talco ou qualquer pó branco à cocaína. De um quilo de coca puríssima conseguiam fazer três ou quatro, que eram vendidos por grama e podiam gerar um ganho de até 200 mil dólares cada." PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar*: meu pai...op. cit., p.196.

[326] Tal documento trouxe importantes inovações, tais como a proposição expressa da punibilidade da lavagem de ativos praticada mediante dolo eventual, como se verifica a seguir: "Article 2. LAUNDERING OFFENSES.1. A criminal offense is committed by any person who converts, transfers or transports property and knows, should have known , or is intentionally ignorant that such property is proceeds or an instrumentality of a serious criminal activity."

[327] No Brasil, internalizada por meio do Decreto n. 5.014, de 12.03.2004.

contra a Corrupção, celebrada na cidade de Mérida/México, em 31de outubro de 2003[328] (artigo 23).

A partir de então, os ordenamentos nacionais passaram a tipificar, de forma autônoma, a lavagem de ativos. Por meio do Decreto n. 154, de 26.06.1991, a referida Convenção foi promulgada no Brasil[329], que, no entanto, somente criou o respectivo tipo penal, em 03.03.1998, por meio da Lei n. 9.613.

No âmbito da Europa, destaca-se a edição de três Diretivas sobre a matéria.

A primeira Diretiva (91/308/CEE), publicada em 1 de junho de 1991, impôs medidas administrativas (ex.: identificação de clientes, comunicação de operações suspeitas etc.) com o fim de prevenção do uso do sistema financeiro para lavagem de ativos. Nesse desiderato inicial, sequer houve preocupação em obrigar expressamente os Estados-membros à criminalização da lavagem de ativos. No entanto, o preâmbulo do referido diploma normativo chama a atenção para aspectos significativos que tangenciam o enfrentamento desse fenômeno criminoso, tais como:

(1) a corriqueira utilização de bancos legalmente constituídos no processo de dissimulação de ganhos ilícitos, o que compromete a fiabilidade, a reputação e a integridade do sistema financeiro de forma geral;

(2) a incapacidade dos Estados de tomarem, individualmente, medidas eficazes de prevenção e repressão nesse campo, sobretudo, ante a liberalização da movimentação de capitais e a desregulação da prestação de serviços financeiros, características da economia mundial globalizada;

(3) a nítida influência da ocultação patrimonial na expansão do crime organizado e o conseguinte imperativo de que tal comportamento seja reprimido, principalmente, por meio do Direito Penal, embora essa abordagem não deva ser a única.

---

[328] No Brasil, internalizada por meio do Decreto n. 5.687, de 31.01.2006.

[329] Nos termos do Decreto n. 154/1991, que promulgou e internalizou a referida Convenção no Brasil: "Artigo 3. Delitos e Sanções. 1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;"

Tais motivos em conjunto embasaram a imposição da adoção, por parte das instituições financeiras, de procedimentos de controle interno e de treinamento de empregados e dirigentes, haja vista o reconhecimento de que a eficácia do combate à lavagem de ativos depende essencialmente da cooperação de tais entidades, o que deve se dar de forma internacionalmente harmonizada e coordenada.[330]

A internacionalização do setor financeiro trouxe, por um lado, as vantagens da celeridade, da desburocratização, da agilidade transacional e, noutra ponta, a exponencial ampliação das possibilidades e métodos de lavagem, tudo ocorrendo sob as luzes da informatização e da desregulação. Portanto, diante da natureza tendencialmente internacional da lavagem de ativos, é absolutamente contraindicado que a resposta penal do Estado continue sendo pensada e construída sobre bases nacionais quase ufanistas, seja por questão de coerência ou de efetividade.[331]

A segunda Diretiva sobre lavagem de ativos (2001/97/CE, de 04.12.2001) atualizou a primeira com o fim de detalhar as obrigações de colaboração e alargar o rol de agentes obrigados, além de possibilitar que qualquer infração penal pudesse, em tese, figurar como antecedente da lavagem de ativos.

Por fim, a terceira Diretiva acerca da matéria (2005/60/CE, de 26.10.2005) dedicou-se, principalmente, à inclusão de medidas de combate ao financiamento do terrorismo.

Considerando-se que os bancos e seus funcionários encontram-se na porta mais frequentemente utilizada para inserção de recursos de origem ilegal no mercado regular, sobretudo na primeira fase da lavagem de ativos, chamada de colocação, quando é maior a vulnerabilidade do delinquente e também a probabilidade de detecção criminosa, o Grupo de Wolfsberg (*Wolfsberg Group*), entidade composta pelas maiores e mais influentes instituições financeiras

---

[330] Diretiva n. 91/308/CEE: “Artigo 11º. Os Estados-membros assegurarão que os estabelecimentos de crédito e as instituições financeiras:1. Criem processos adequados de controlo interno e de comunicação para prevenir e impedir a realização de operações relacionadas com o branqueamento de capitais; 2. Tomem as medidas adequadas para sensibilizar seus funcionários para as disposições da presente directiva. Estas medidas incluirão a participação dos funcionários relacionados com estas questões em programas especiais de formação, a fim de os ajudar a reconhecer as operações que possam estar relacionadas com o branqueamento de capitais e de os instruir sobre a forma de actuar em tais casos."

[331] ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero em la normativa internacional...*op. cit., p. 55.

multinacionais[332], lançou, em 30.10.2000, um código de conduta contendo diretrizes autorregulatórias antilavagem (sob o título *Wofsberg Anti-Money Laundering Principles for Private Banking)*[333], figurando entre elas, o reforço da estratégia de identificação e de verificação da legalidade comportamental da clientela.

3.7 A estrutura institucional internacional de combate à lavagem de ativos

3.7.1 O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)

Em dezembro de 1989, foi criado o Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI (ou FATF – *Financial Action Task Force*), organismo intergovernamental criado no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[334], com o objetivo de examinar dados, promover políticas e editar recomendações sobre medidas de prevenção e repressão à lavagem de ativos, bem como avaliar o cumprimento por parte de países membros e não membros.

As quarenta Recomendações do GAFI foram publicadas originalmente, em 1990, passando a figurar como o padrão internacional de medidas de enfrentamento da lavagem de ativos. Após os atentados terroristas praticados nos EUA, em 11 de setembro de 2001, foram editadas, em 22.11.2001, nove Recomendações especificamente dirigidas à prevenção do financiamento ao terrorismo. Finalmente, em 16.02.2012, o GAFI republicou as 40 Recomendações, que vieram a substituir, integrar e atualizar todas as anteriores, conformando um único corpo normativo

---

[332] São elas: Banco Santander, Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan-Chase, Societé Générale e UBS. Wolfsberg é o nome de um castelo na Suíça, onde ocorreram as primeiras reuniões do grupo. HAYNES, Andrew. The Wolfsberg Principles*. Journal of Money Laundering Control.* V. 7. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2004, p. 207.

[333] Disponível em: <http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/standards/Wolfsberg-Private-Banking-Prinicples-May-2012.pdf>. Acesso em: 24dez.2016.

[334] A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional criada em 1961, com sede em Paris, sendo composta atualmente por 34 países. Embora não seja membro permanente da OCDE, O Brasil tem participação em algumas reuniões e negociações.

destinado a prevenir e reprimir a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo.[335]

O GAFI reuniu, inicialmente, apenas 15 países europeus e a Austrália, sendo que, posteriormente, foram incorporados diversos outros Estados e organizações internacionais. O Brasil passou a integrá-lo em setembro de 1999, a partir da XI Reunião Plenária.[336]

A iniciativa impulsionou a criação de entidades semelhantes, conhecidas como FSRB´s (*FATF – Style Regional Bodies*), entidades regionais com a mesma finalidade do GAFI, sendo elas: *MENAFATF/Middle East and North Africa Financial Action Task Force*; *CFATF/Caribbean Financial Action Task Force*; *EAG/Eurasian Group; APG/Asia-Pacific Group on Money Laundering*; *Council of Europe Select Commitee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures* - MONEYVAL/Conselho da Europa; *ESAAMLG/Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group*; *GAFILAT/Financial Action Task Force of Latin America*; *GIABA/Intergovernamental Task Force against Money Laundering in West Africa* e *GABAC/Group on Anti-Money Laundering in Central Africa*.

A criação do GAFI e a posterior edição de suas Recomendações propiciaram a especialização do enfrentamento da lavagem de ativos diante de um ramo da criminalidade também cada vez mais especializado. Apesar do caratér, a princípio, não vinculante, tais propostas de política criminal tiveram grande difusão mundial devido aos procedimentos de avaliação mútua entre os países membros e listagem de países não-cooperantes no contexto de uma estratégia que se desdobra em três enfoques: preventivo (controle sobre a circulação monetária); repressivo (previsão típica e efetiva persecução penal) e reparativo (recuperação dos bens de origem ilícita).

Decorrem das Recomendações do GAFI as principais diretrizes de controle preventivo encetadas em face de agentes econômicos e instituições financeiras, destacando-se: o dever de identificação de clientes (Recomendações 10 e 12), o dever de manter registro das operações pelo prazo mínimo de cinco anos

---

[335] O teor integral das Recomendações encontra-se disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>. Acesso em: 05jan.2016.

[336] DE SANCTIS, Fausto. *Delinquência econômica e financeira...*op. cit., p. 184.

(Recomendação 11) e o dever de comunicação de transações financeiras suspeitas (Recomendação 20).

No cumprimento de sua missão de monitoramento da adequação e suficiência dos sistemas nacionais antilavagem, o GAFI adota dois tipos de procedimento, de acordo com o pertencimento do Estado avaliado a seus quadros ou não[337].

Em relação aos países-membros, o processo de avaliação mútua periódica é realizado em rodadas que integram três fases. Na primeira fase, cada país responde a um questionário sobre seu sistema de combate à lavagem de dinheiro quanto aos aspectos legais, administrativos e operacionais. Na segunda fase, é realizada uma visita por comissão multidisciplinar de especialistas do GAFI que, então, manterão contato com autoridades, órgãos e entidades ligados ao sistema antilavagem (ex.: Banco Central, Unidade de Inteligência Financeira, Ministério da Justiça e da Fazenda etc.).

As informações colhidas são enviadas à Secretaria do GAFI, sobretudo quanto a medidas adotadas pelo respectivo país em relação ao relatório decorrente da rodada anterior. Um novo relatório é feito e encaminhado ao país examinado para possíveis comentários e esclarecimentos. Ultimada esta providência, o relatório é então encaminhado ao Plenário para adoção formal pelo GAFI. A íntegra do Relatório é de caráter confidencial[338], cabendo a cada país membro decidir sobre a

[337] O GAFI integra o que se convencionou chamar de sistema global de proibição, assim nominado porque os Estados passaram a ser avaliados quanto ao grau de adequação de suas legislações internas às suas recomendações, o que gerou tipificações e sistematizações semelhantes no mundo inteiro, como jamais ocorrera anteriormente na história da humanidade. Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; CHOUKR, Fauzi Hassan. Financiamento do terrorismo e legislação brasileira. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. V. I. N. 21. Brasília: CNPCP, 2008, p. 52. Sobre esse tema, vale mencionar que, entre os pontos discutidos no XVIII Congresso Internacional de Direito Penal, organizado pela AIDP, ocorrido, em setembro de 2009, na cidade de Istambul, na Turquia, enfatizou-se a passagem de um sistema tradicional puramente reativo para um sistema proativo de prevenção a determinados crimes correlacionados à violações a direitos humanos, dentre eles a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo. Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Reformas do Processo Penal no mundo e a proteção dos direitos humanos. In: DINIZ, João Janguiê Bezerra; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; RIBEIRO, Marcelo. *Estado Democrático de Direito, acesso à justiça e globalização excludente*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2015, p.77.

[338] Irlanda e Holanda são os dois únicos países que se tem notícia que tornaram público o conteúdo integral de seus relatórios. Cf. MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Edesp, 2004, p. 172.

divulgação, sendo apenas um sumário anexado e publicado juntamente com o Relatório Anual do GAFI.

A partir do relatório anual do ano 2000, o GAFI passou a elaborar critérios de identificação de países com diferentes graus de deficiência em seus sistemas de combate à lavagem. Desde então, a partir da listagem periodicamente revista de países supostamente não-cooperantes (*name and shame policy*), busca-se, num primeiro momento, encorajar a sujeição de tais Estados aos padrões protetivos estabelecidos nas Recomendações do GAFI.[339]

Caso não se obtenha sucesso, o passo seguinte é a possibilidade da tomada de contramedidas para proteção dos ordenamentos econômicos dos países membros, o que, de acordo com deficiências vislumbradas no sistema antilavagem do Estado não-cooperante, poderia variar desde um alerta de especial atenção às transações que, de alguma forma, tenham passagem pelo mesmo até, como último recurso, a proibição de realização de transações advindas ou destinadas a entidades nele sediadas.

3.7.1.1 O questionamento da legitimidade do GAFI

A disponibilidade de sanções aplicadas por meio do referido sistema de listagem negra de países não-cooperantes acompanhada de contramedidas foi, de certa forma, fundamental para incrementar o cumprimento das medidas antilavagem editadas pelo GAFI. Desse modo, a falha em subscrever suas normas pode resultar em desvantagens significativas para os países listados negativamente, sendo esse um fator reputacional importante no âmbito internacional.[340]

---

[339] Sobre o tema: ANSELMO, Márcio Adriano. *O regime internacional de combate à lavagem de dinheiro*: da jurificação à efetividade. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 280f. São Paulo: USP, 2015, p. 255.

[340] Sobre o fator reputacional da questão, eis a apreciação de Navin Beekarry: “The NCCT List, as an instrument to ensure compliance with FATF standards, illustrates that the weight of reputational consideration associated with sanctions should not be underestimated. The ´single most important factor explaining the adoption of the AML/CFT international standards in all countries has been fear of the consequences of being blacklisted by international organizations in the event of non-compliance. Many of those countries view compliance with the international standards as a no-choice of `death by blacklisting` with `a gun to their head´ in instituting a comprehensive AML/CFT system. Expensive compliance is preferred to non-compliance followed by blacklisting.” Cf. BEEKARRY, Navin. The

Por outro lado, há apontamentos críticos em relação ao papel que vem sendo exercido pelo GAFI.

Nesse sentido, um primeiro destaque a ser feito remete ao déficit de participação igualitária de todos os países afetados pelas Recomendações e conclusões do GAFI. Sendo assim, países que não são membros do GAFI têm de implementar normas desenvolvidas no contexto de economias industrializadas – muitas das vezes, possuindo sistemas econômicos e financeiros diversos ou menos desenvolvidos – o que enseja conflitos que afetam o acatamento das diretrizes antilavagem.[341]

Essa seria a principal razão pela qual determinados países, principalmente da África e de parte da Ásia, mostram-se relutantes em cumprir tais normas que consideram desenvolvidas sem o seu consentimento e que se mostram incompatíveis com a realidade rudimentar de seus sistemas econômicos e financeiros.[342]

Sendo assim, a oitiva e participação efetiva de Estados não-integrantes, bem como de entidades não governamentais e do próprio setor privado na formulação de tipologias das operações de lavagem e respectivas medidas de controle editadas pelo GAFI permitiria a adoção de abordagem mais abrangente que, a um só tempo, seria adequada à peculiaridade do perfil estrutural dos agentes (privados e estatais) obrigados, sem descurar dos objetivos primordiais dos mecanismos antilavagem. A normatização elaborada a partir da observância desses fatores teria sua coerência, legitimidade e eficácia reforçadas.

International Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Regulatory Strategy: A Critical Analysis of Compliance Determinants in International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*. V. 31, 2011, p. 182. Em tradução livre: "A Lista NCCT, como instrumento para garantir o cumprimento das normas do GAFI, ilustra que o peso da reputação associada às sanções não deve ser subestimado. O único fator mais importante que explica a adoção dos padrões internacionais de LBC/CFT em todos os países foi o medo das consequências de ser colocado na lista negra por organizações internacionais em caso de descumprimento. Muitos desses países vêem o cumprimento das normas internacionais como uma não-escolha de 'morte por lista negra' com 'uma arma em sua cabeça' na instituição de um sistema abrangente de LBC/CFT. A conformidade cara é preferida à não-conformidade seguida de alistamento negativo."

[341] BEEKARRY, Navin. The International Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Regulatory Strategy… op. cit., p. 191.

[342] Ibid., p. 192.

3.7.1.2 A questão dos paraísos fiscais

Embora não exista um conceito mundialmente uniforme[343], pode-se dizer que, sem necessária cumulatividade, as características dos assim chamados paraísos fiscais ou centros financeiros *off-shore* são as seguintes:

(1) a garantia de sigilo bancário absoluto ou de nível consideravelmente elevado em comparação com os demais países no que concerne a titularidade de bens e recursos econômicos alocados nas instituições financeiras sediadas em seu território;[344]

(2) ausência ou limitação exacerbada da cooperação judicial internacional, o que se perfaz pela não prestação ou pela prestação limitada de informações bancárias a outros países;[345]

(3) facilidade legal-burocrática e baixo custo para criação de empresas *off-shore* ou *shell companies*[346], ainda que desprovidas de sede física no país;

---

[343] A Alemanha foi um dos primeiros países a conceituar e classificar paraísos fiscais, com fins de planejamento de sua política fiscal interna. A legislação alemã considera, como paraíso fiscal, o país em que os tributos, de forma geral, são exigidos em alíquotas inferiores a 30% e, nessa perspectiva, o Ministério das Finanças contabilizou, em 1986, que 17.635 empresas sediadas em paraísos fiscais (a maior parte na Suíça: 12.200) pertenciam a cidadãos residentes na Alemanha. Cf. WILLIAMS, Robert E.; SILVA, Ruben Fonseca. *Tratado dos paraísos fiscais.* São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 29.

[344] Nessa perspectiva, o sigilo bancário é tido como o mais importante pilar da estabilidade financeira de tais países. Cf. YOUNG, Mary Alice. The exploitation of offshore financial centres: banking confidentiality and money laundering. *Journal of Money Laundering Control.* V. 16. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2013, p. 204.

[345] Daí se afirmar que a figura dos paraísos fiscais se confunde com a dos paraísos judiciários e dos paraísos bancários. Cf. FOUMDJEM, Célestin. *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale.* L´Harmattan, 2012, p. 410.

[346] Empresas *off-shore* ou *shell corporations* são estruturas corporativas constituídas, normalmente em paraísos fiscais, para garantir o anonimato dos reais integrantes do quadro social. A expressão *off-shore* (em tradução livre: além mar, afastado da costa) traduz a ideia de que essas pessoas jurídicas são administradas por meio de comandos e bens advindos de fora do território onde são constituídas tais pessoas jurídicas. Como explica Moro, diante da dificuldade de identificação dos reais proprietários das *off-shores* (chamados de *beneficial owners*), é fácil entender o atrativo que ostentam para quem deseja permanecer no anonimato. Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 50. Fala-se também sociedade de mero domicílio ou *sociedad pantalla* (de tela, de fachada). SÁNCHEZ ULLED, Emilio Jesús. Blanqueo de capitales em el sector

(4) estabilidade política, social e econômica;

(5) existência de sistema bancário, meios de transporte e comunicação tecnologicamente desenvolvidos e conectados internacionalmente;

(6) ausência de controles cambiais, bem como não criminalização de delitos do colarinho branco, em especial, os financeiros e fiscais;

(7) oferta de serviços financeiros de utilidade agregada (ex.: assessoria contábil, jurídica e administrativa).

Em perspectiva crítica, é fato que o combate à lavagem de ativos é, em muitos casos, dificultado – quando não inviabilizado – ante a existência de países considerados paraísos fiscais, denominação que se mantém apenas por apreço à uniformização. A realidade é que enquanto houver Estados que ostentem um pseudo-enfrentamento e um controle leniente sobre o ingresso de recursos de origem criminosa em suas economias, o combate à lavagem de ativos terá, de fato, um eficácia lacunosa e limitada.

A imensa atratividade exercida pelo dinheiro sujo deve ser reconhecida, o que se comprova, quase que diariamente, ao longo da história da humanidade.[347] Indepentemente da origem, estima-se que aproximadamente 13% do PIB mundial (montante equivalente a algo entre cinco e sete bilhões de dólares) esteja

---

bancario y corrupción. Aspectos prácticos. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Org.). *Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario.* Delitos financieros, fraude y corrupción em Europa. V. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 324.

[347] Cite-se, como exemplo ilustrativo dessa afirmação, a chamada “estratégia Seychelles”, que consistiu numa série de medidas adotadas, a partir de 1995, por este país insular para competir pela atração de investimentos de qualquer espécie. O estímulo público e explícito à prestação de serviços de ocultação patrimonial propiciou o maciço ingresso de capitais estrangeiros nas instituições financeiras sediadas nas Ilhas Seychelles, o que ocorreu sem qualquer filtragem sobre sua procedência e sob o único requisito de que o investimento fosse de ao menos dez milhões de dólares. Cf. RUIZ-FORNELLS, F. Peláez. *Blanqueo de capitales*: análisis econômico. Madrid: Delta Publicaciones, 2014, p. 52.

depositado em paraísos fiscais. Dos onze países com renda per capita mais alta do mundo, sete são paraísos fiscais.[348]

Um ponto a ser ressaltado é o cunho ilusório e eufemístico da denominação paraísos fiscais, que acabou se difundindo pelo fato de que parte desse grupo de países é composta por pequenas ilhas de beleza natural exuberante[349] em cujos sistemas financeiros circulam volumes de recursos absolutamente incompatíveis com seus respectivos portes econômicos.[350]

Um estudo do FMI datado de 1997 retratava que o montante em dinheiro depositado em paraísos fiscais cresceu de cerca de 3,5 trilhões e meio de dólares, em 1992, para 4,8 trilhões de dólares, em 1997, sendo que 1/3 dessas divisas estariam sob a tutela de instituições constituídas em países caribenhos. Curiosamente, o ciclo histórico denota que, no passado, piratas medievais teriam enterrado naquelas ilhas tesouros surrupiados mares afora. No presente, são os piratas econômico-financeiros da modernidade que voltam a ocultar o produto de seus crimes naquela região, mas de maneira muito mais prática, rápida e inteligente.[351]

A ausência de tributação pode até ter justificado originalmente a consolidação da expressão, mas, na atualidade, essa não é a única ou principal característica dos países que ostentam tal alcunha. Nem mesmo se pode dizer que essa seja sua principal característica. A nula ou reduzida tributação sobre lucros e movimentações financeiras configura, primordialmente, um brinde a mais para não residentes no bojo da guerra fiscal entre nações.

---

[348] GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero. Como se combate el lavado. 3. ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2014, p. 106/107.

[349] Cite-se o exemplo das Ilhas Cayman: 36 mil habitantes; 1,25 empresas por habitante; 596 bancos (apenas 80 sediados fisicamente) e 1.800 fundos de investimentos nos quais encontram-se depositados cerca de 660 bilhões de dólares. Nessa condição, o país ocupa o posto de quinto maior centro bancário mundial. Mesmo com tamanho volume operacional, tal Estado não tem sequer um banco central ou entidade controladora do sistema financeiro, possuindo apenas um pequeno departamento de inspeção bancária. Cf. SILVA, José Manuel Braz da. *Os paraísos fiscais*: casos práticos com empresas portuguesas. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45.

[350] BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei n. 9.613/98... op. cit., p. 279.

[351] MORAES, Deomar de. Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro. *Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro.* V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 103.

Outra marca negativamente diferencial nos tempos atuais é a constatação de que não existe, verdadeiramente, um esforço efetivo das nações, em particular das superpotências econômicas, em relação à solução do problema relacionado à subsistência de paraísos fiscais. Nessa toada, Ela Wiecko Volkmer de Castilho[352] assim se manifesta sobre a questão:

> Não há interesse suficientemente forte em nível global para a cooperação jurídica contra a lavagem de dinheiro, porque facilitar a investigação dos ativos ilícitos revela também ativos considerados lícitos, embora eticamente reprováveis. Se houvesse interesse, inexistiriam paraísos fiscais e os centros off shore, as restrições à cooperação em matéria tributária e à quebra do sigilo bancário.

Outrossim, verifica-se que alguns Estados praticam uma espécie de jogo-duplo, isto é, ou permanecem numa zona cinzenta à margem do sistema antilavagem enquanto isso se der em seu próprio benefício ou aplicam a estratégia hipócrita que se pode denominar de "faça o que eu mando, mas não faça o que eu faço". A maior parte dos chamados paraísos fiscais está integrada na esfera de influência política de alguma potência protetora, que se permite a utilização dos serviços financeiros espúrios ofertados por tais nações ao mesmo tempo em que apregoa, junto à comunidade internacional, sua solidariedade no combate à lavagem de ativos.[353]

Por exemplo, o Reino Unido é apontado como o grande fomentador da criação de paraísos fiscais em suas ex-colônias, às quais procura blindar contra eventuais pressões externas.[354] Os EUA também ostentam personalidade

---

[352] CASTILHO, Ela Wiecko V. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 47. São Paulo: RT, março-abril/2004, p. 54.

[353] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales.* Salamanca: Colex, 1998, p. 105. No Brasil, também alertando para a complacência dos países desenvolvidos com a questão dos paraísos fiscais: PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64/65.

[354] Segundo GARCIA NORIEGA, uma das características da lavagem britânica é o fato de os controles de consultores e banqueiros serem menos severos se a lavagem se refere a fundos obtidos em atividades ilícitas realizadas em outros países (notadamente, na Europa Oriental). Tais profissionais são, na visão deste autor, muito mais rigorosos se os recursos a serem lavados forem obtidos a partir de ilegalidades praticadas no próprio Reino Unido. Tal comportamento não constituiria uma exclusividade ou peculiaridade britânica, mas poderia ser atribuído ao tradicional isolamento decorrente do próprio formato insular do território inglês. Sobre a relação entre o Reino Unido e paraísos fiscais conformados por suas ex-colônias, assim discorre o aludido autor: "De 72 paraísos fiscales reconocidos generalmente em la actualidad, um 19% son territorios o dependencias de la Corona, um 30% son miembros de la Commonwealth y um 10 % son ex-colonias británicas; es decir: casi el 70% de los paraísos fiscales del mundo están de alguna forma vinculados al Reino

internacional quase bipolar, beirando a esquizofrenia, ao menos em matéria de lavagem de ativos, haja vista que não aplicam a alguns entes componentes de sua própria federação o mesmo rigor que pregam para Estados estrangeiros não-cooperantes com as normas do GAFI.

Também nesse aspecto, portanto, cabe firmar que a eficácia e a legitimidade do trabalho do GAFI devem ser vistas com marcada ressalva, já que, sabidamente, tal entidade não afronta os interesses de países desenvolvidos. Essa é a razão pela qual permanencem até hoje imunes de quaisquer sanções, declarações ou medidas formais os Estados norte-americanos de Nevada, Wisconsin e Delaware[355], assim como as ex-colônias britânicas de Gibraltar, Bahamas, Bermudas, Hong-Kong, Malvinas e Ilhas Virgens.

Aliás, acerca da contínua disponibilização da instalação de empresas fictícias não rastreáveis por parte de Estados norte-americanos, vale trazer à baila a declaração do senador dos EUA, Carl Levin[356]:

> Os Estados Unidos têm sido um dos principais defensores da transparência e da abertura. Temos criticado os paraísos fiscais offshore por seu sigilo e falta de transparência, pressionando-os para alterarem sua conduta de trabalho. Mas olhem para o que está acontecendo em nossa própria nação. A ironia é que não sofremos com a falta de transparência – simplesmente não há informações a serem reveladas. E, quando outros países nos pedem os nomes de donos de empresas e ficamos enrubecidos ou com as mãos vazias, isso enfraquece nossa credibilidade e nossa capacidade de "caçar" paraísos fiscais offshore que ajudam a roubar contribuintes norte-americanos honestos.

No mesmo tom, é de duvidosa seriedade o trabalho de fiscalização antilavagem exercido pela OCDE, pelo FMI e pelos países que compõem o G-20.

Unido." GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero. Como se combate el lavado... op. cit., p. 309.

[355] Delaware é um dos 50 Estados-membros que compõem a federação norte-americana, tendo cerca de oitocentos mil habitantes. Apesar do pequeno tamanho, é conhecido pelo fato de que metade das 50 maiores fortunas e 43% das empresas cotadas na bolsa de Nova Iorque serem domiciliadas oficialmente em seu território. Somente em um edifício da cidade de Dover estão afirmados formalmente os domicílios de mais de duzentas mil empresas, o que ocorre devido à ausência de maiores exigências para a criação de pessoas jurídicas e a facilidade para manutenção do anonimato sobre o informações de patrimônio e composição do quadro societário. Cf. BRAZ, Manuel Poirier. *Sociedades offshores e paraísos fiscais.* 2. ed. Lisboa: Petrony Editora, 2013, p. 135/136.

[356] Conforme trecho de discurso proferido pelo referido parlamentar traduzido em: PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso*: como as instituições financeiras facilitam o crime. Tradução de Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Cultrix, 2017, p. 91.

Pelo menos desde o ano 2000, a OCDE e o FMI publicam listas de jurisdições consideradas paraísos fiscais. A seu turno, após a reunião realizada em 02.04.2015, na cidade de Londres, o G-20, grupo que conglomera os líderes das maiores economias do mundo, lançou uma série de medidas que pretendiam, supostamente, reforçar a repressão a países que insistissem em se manter nas sombras do mundo financeiro, tudo ocorrendo sob o lema midiático que proclamava: "a era do segredo bancário acabou".

A despeito dessas iniciativas, o que se observa é que os mesmos interesses comerciais e diplomáticos que comprometem a confiabilidade e a equidade das ações do GAFI nessa seara são aplicáveis em relação à OCDE, ao FMI e ao G-20. Por um lado, as listagens da OCDE e do FMI mantêm o rigoroso foco sobre centros financeiros *offshore* de menor porte e, por outro, preservam silêncio absoluto em relação a entes aliados de China, do Reino Unido e dos EUA (ex.: Suíça, Luxemburgo, Hong Kong e Macau, entre outros). Noutro giro, a referida declaração do G-20 também mostrou não passar de uma cortina de fumaça.[357]

3.7.1.2.1 O caso da Suíça

O mais antigo dos paraísos fiscais é a Suíça, que já atuava, nessa condição, mesmo antes da 2ª Guerra Mundial. O renome do país helvético como a república dos banqueiros tem origem na Idade Média, quando ocorre o estabelecimento dos primeiros bancos privados em determinados cantões, como são chamadas as unidades daquele Estado federativo. Já a partir do início do século XVI, a Suíça passou a funcionar como refúgio para capitais das vítimas de perseguição religiosa que se sucedeu na França e na Itália durante a reforma protestante.[358]

A seu turno, as contas anônimas foram inventadas no final do século XIX pelos banqueiros suíços, chamados de gnomos de Zurique (*gnomes de Zurich*). Tais

[357] HERNANDEZ VIGUERAS, Juan. *Al rescate de los paraísos fiscales*: la cortina de humo del G-20. Barcelona, Icaria, 2009, p. 15.

[358] PEILLON, Vicent; MONTEBOURG, Arnaud. *Un combat de façade*. Paris: Les Arénes, 2001, p. 20.

artifícios financeiros interessavam, logicamente, a qualquer um que se prestasse à prática de evasão fiscal ou desejasse fugir de ambientes politicamente instáveis.[359]

Em 08.11.1934, a Suíça editou sua lei de proteção ao sigilo profissional (*Loi fédérale sur les banques et les caisses d´epargne*) que, em seu artigo 47, estabeleceu o sancionamento penal para agentes bancários que divulgassem quaisquer dados sobre aplicações e movimentações financeiras, bem como sobre a identidade de clientes.[360] Em tradução livre do referido dispositivo legal, os termos foram os seguintes:

> Artigo 47. Aquele que, na sua qualidade de membro de um órgão, empregado mandatário, liquidante ou comissário bancário, supervisor de comissão bancária ou ainda membro de órgão ou empregado de instituição licenciada, tenha revelado um segredo a ele confiado ou que tenha tomado conhecimento em razão de seu cargo ou emprego, bem como aquele que tenha incitado terceiro a à violação de segredo profissional, será punido com pena de prisão de até seis meses ou multa de até 50.000 francos suíços. Se o infractor age com negligência, a pena será de multa de até 30.000 francos suíços. A violação dos segrego permanece punível mesmo que o exercício do cargo ou o emprego tenha cessado ou que o detentor do segredo não mais exerça essa profissão.

Supostamente, o propósito dessa incriminação teria sido louvável, consistindo na barração de investigações dos governos nazifascistas sobre o destino do patrimônio de pessoas de origem judaica e perseguidos de forma geral.[361] A neutralidade mantida durante a Primeira Guerra Mundial também ajudou a difundir a fama suíça de porto seguro, assim como o fizeram a estabilidade político-econômica, a privilegiada localização geográfica e o desenvolvimento das instituições financeiras do país.

Não é por outra razão que, entre 1939 e 1945, as reservas monetárias do Banco Nacional da Suíça progrediram 88,4%, o que é creditado aos depósitos feitos

---

[359] JEREZ, Olivier. *Le blanchiment de l´argent.* 2. ed. Paris: Revue Banque, 2003, p. 91.

[360] JEREZ, Olivier. *Le blanchiment de l´argent*… op. cit., p. 90. O autor transcreve o teor literal do referido dispositivo legal: “Article 47. Celui qui, en sa qualité de membre d´un organe, d´employé mandataire, de liquidateur ou de commissaire de la banque, d´observateur de la commission des banques, ou encore de membre d´ur organe ou d´employé d´une institution de prévision agréée, aura révélé un secret à lui confier ou don’t il avait eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi, celui qui avra incité autrui à violer le secret profesionnel, será puni de l´emprisonnement pour six mois au plus ou de l´amende jusqu´à concurrence de 50 000 francs suisses. Si le délinquant a agi par négligence, la peine sera l amende jusqu´à concurrence de 30 000 francs suisses. La violation du scret demeure punissable alors même que la charge ou l´emploi a pris fin ou que le détenteur du scret n´exerce plus sa profession.”

[361] PEILLON, Vicent; MONTEBOURG, Arnaud. *Un combat de façade*... op. cit., p. 37.

por 15 a 20 mil indivíduos de origem judaica. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, alguns desses cidadãos e seus herdeiros tentaram recuperar suas aplicações, o que gerou grande controvérsia ante a exigência de certificados dos depósitos e titularidade das contas.[362]

A política de sigilo absoluto foi revista parcialmente por meio de acordos bilaterais com nações aliadas firmados após a Segunda Guerra Mundial. Desde então, o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação propiciou, sobretudo nas últimas décadas do século passado, o incremento do número de paraísos fiscais e a ampliação dos serviços oferecidos pelos mesmos.[363]

À vista do exposto, verifica-se que a eficácia plena do sistema internacional antilavagem e o descobrimento da totalidade das condutas ilegais nesse aspecto são utopias. Até aqui, nada há de novo. Nenhum tipo penal goza da garantia absoluta de não ocorrência de sua violação ou de eficácia dissuasória plena em sua evitação. Pelo contrário, desde a emergência da teoria criminológica da anomia, sabe-se que a potencial infração acompanha as normas incriminadoras do Direito Penal e, de certa forma, até justificam sua existência. Isso não retira a importância e a subsistente necessidade do combate à lavagem de ativos.

Os paraísos fiscais estão aparentemente alinhados à economia globalizada contemporânea e com o cenário que lhe é típico, ou seja, de liberalização do comércio internacional e dos fluxos de capitais. Tanto é assim que as tentativas empreendidas até o momento no sentido de extingui-los não passaram de declarações formais de pontual desacordo, sanções seletivas sem maior relevância e meras translações geográficas de capitais maculados na busca de novos lares complacentes, tudo isso movido pela conivência dos principais atores da comunidade internacional, que, nesse aspecto, “correm para não chegar”, conforme denota a percepção doutrinária[364]:

---

[362] PEILLON, Vicent; MONTEBOURG, Arnaud. *Un combat de façade*... op. cit., p. 28. Seis milhões de judeus foram assassinados pelos nazistas e cerca de sete mil sobreviventes ou herdeiros exigiram, depois da Guerra, a restituição de seus bens. Destes, 961 individuos obtiveram a restituição de 9,5 milhões de francos suíços. O restante foi reputado “sem credores conhecidos” e tornou-se propriedade dos bancos suíços. Cf. ZIEGLER, Jean. *A Suíça lava mais branco.* Lisboa: Editorial Inquérito, 1990, p. 16.

[363] DOGGART, Caroline. *Paraísos fiscais.* Porto: Vida Econômica, 2003, p. 11/12.

[364] PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso...* op. cit., p. 285.

> Apesar dos riscos de uma outra crise e da inevitabilidade de mais comportamentos nocivos envolvendo rendimentos frutos de delitos, rara é a jurisdição que atuará de forma unilateral para desfavorecer-se em termos econômicos, alienando sua indústria financeira. Na "corrida" pela reforma do setor financeiro, os governos não querem estar na linha de frente do pelotão, preferindo a segurança da inação coletiva. O resultado, portanto, é uma paralisia, um *status* quo que evidencia quanto os órgãos de regulamentação foram feitos reféns pelo próprio setor por eles regulado. Esperamos sentados pela próxima catástrofe, ao mesmo tempo que observamos instituições preenchendo um maior número de cheques para o pagamento de multas, que representam uma diminuta fração de seus lucros anuais, enquanto executivos seniores continuam sentados com todo o conforto às mesas dos conselhos diretores pelo mundo afora. O capital, crimininoso ou não, é fonte de poder.

Em estudo que examinou os custos e benefícios do cumprimento normativo antilavagem por 41 países latino americanos e caribenhos, constatou-se que países com déficts fiscais elevados e poucas reservas de capital, agregados à sua instabilidade política e institucional, têm maior dependência em relação ao capital estrangeiro de forma geral.

Noutro aspecto, a estratégia assim chamada *name and shame*, ou seja, a listagem e exposição de nações consideradas não-cooperantes com as políticas internacionais antilavagem tem se mostrado influente sobre a capacidade de alguns Estados em captar investimentos estrangeiros em atividades produtivas, ainda que o aludido ranqueamento não seja suficiente para inibir ou estimular todos os tipos de investidores. A solução talvez esteja na enfatização do aspecto reputacional a fim de que o alistamento negativo se torne mais frequente e mais fundamentado de modo a influenciar, com maior vigor, a sensibilidade dos mercados (*name more often and shame louder).*[365]

É preciso, no entanto, consolidar a ideia de que a efetividade da prevenção e repressão à lavagem de ativos e à macrocriminalidade passa pelo enfrentamento sério da questão dos paraísos fiscais por parte da comunidade internacional, sem a hipocrisia e o já mencionado eufemismo tão peculiares à trajetória dessa figura na conjuntura das relações interestatais.

Noutro giro, as ações contra a lavagem de ativos devem ser não somente repressivas, mas também de estímulo ao crucial engajamento dos atores do setor financeiro. Nos países com sistemas antilavagem efetivos, as principais entidades

---

[365] ALMEIDA, Monica Arruda de; FARIAS, Maria Elisa. Does Saying 'Yes' to Capital Inflows Necessarily Mean Good Business? The Effect of Antimoney Laundering Regulations in the Latin American and the Caribbean Economies. *Economics & Politics*. V. 31. Março/2014, p. 126/127. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382312##>. Acesso em: 05.01.2017.

bancárias costumam, ao menos aparentemente, reconhecer tais medidas como um componente de uma necessária estratégia de gestão de riscos, um passo significativo de reforço à estabilidade e integridade do sistema financeiro mundial.[366] Na correta assertiva de Arnoldo Wald: "Não há direito eficiente sem que haja mercado. Não há mercado eficiente e justo sem respeito ao direito [...] o direito sem o mercado é imobilidade, o mercado sem o direito é a selva*".*[367]

3.7.2 O Grupo de Egmont e as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs)

Em 1995, foi criado o Grupo de Egmont[368], que constitui um organismo internacional composto pelas chamadas Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), que, no âmbito territorial de cada país, têm três funções básicas: (1) receber as comunicações de operações suspeitas de lavagem de ativos enviadas por agentes econômicos; (2) analisar estes dados mediante cruzamento com outras informações e (3) repassar relatórios aprimorados sobre indivíduos e operações suspeitas aos órgãos de investigação e persecução penal.[369]

É fruto do trabalho do Grupo de Egmont o relatório no qual são compiladas as 100 estratégias de lavagem de ativos mais frequentemente observadas, destacando-se, entre elas, as seguintes:

(1) movimentação de grandes somas de dinheiro em espécie;

---

[366] NORGREN, Claes. The Control of Risks Associated with Crime. *Journal of Money Laundering Control*. V. 7. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2004, p. 206.

[367] WALD, Arnoldo. Os efeitos e desafios da globalização. In: WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Coords.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 04.

[368] O nome remete ao palácio Egmont- Arenberg, situado em Bruxelas, na Bélgica, onde ocorreu a primeira reunião do Grupo. Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*... op. cit., p. 24.

[369] PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: COLETÂNEA DE CASOS DO GRUPO DE EGMONT. Brasília: Banco do Brasil, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), 2001, p. 255/256.

(2) transferência atípica ou não justificável de recursos advindos ou direcionados a jurisdições estrangeiras, em especial países integrantes da lista de Estados não-cooperantes do GAFI;

(3) comportamento empresarial atípico, estranho ou contraproducente (ex.: os que impliquem em prejuízos em vez de lucro ou com baixa taxa de retorno, indicando que o interesse está na movimentação dos recursos em si e não na rentabilidade da operação);

(4) movimentações de grandes volumes de recursos em curto espaço de tempo e sem maiores preocupações com entraves burocráticos ou taxas bancárias;

(5) denotação de riqueza incompatível com o perfil do cliente (ex.: clientes que não indiquem fonte de renda lícita ou não possuam atividade laborativa declarada e comprovada – *supporting rationale*);

(6) atitude defensiva do cliente em relação a questionamentos e demandas sobre identificação pessoal (do próprio cliente e do destinatário dos recursos), bem como quanto à comprovação da origem das divisas manejadas;

(7) apresentação de faturamento irreal para a espécie de atividade econômica declarada;

(8) modificação abrupta e inexplicada do padrão de movimentação da conta corrente ou aplicação financeira;

(9) múltiplas transferências de recursos estruturadas em valores ligeiramente abaixo do limite a partir do qual a declaração à UIF é obrigatória (*smurfing* ou *pitufeo).*[370]

[370] A referência é feita ao desenho animado intitulado Os Smurfs, que consiste na narrativa das aventuras de um povoado composto por pequenos seres, conhecidos por sua mobilidade, características comuns às operações financeiras que mascaram atos de lavagem de ativos ilícitamente obtidos. Cf. PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro e o tratamento penal do "pitufeo" ou "smurfing". *Boletim do IBCCRIM*. N. 144. São Paulo: IBCRIM, novembro/2004, p. 10/11.

O FMI classifica as Unidades de Inteligência Financeira segundo o modelo organizacional observado nos diferentes países, podendo-se sintetizar os seguintes tipos de UIFs: administrativo, policial, judicial e híbrido.[371]

As UIFs do tipo policial acumulam as funções de recepção e análise das comunicações de operações suspeitas com a função de investigação criminal, o que, em tese, evita a necessidade de criar uma nova agência, mas, por outro lado, gera o risco de interferência política e mitigação da independência. As UIFs do tipo judicial têm a permissão de exercer, sem solução de continuidade, atos de bloqueio, apreensão e demais atos investigatórios que se fizerem necessários. Tal modelo é empregado no Chipre e em Luxemburgo.

Já as UIFs do tipo híbrido mesclam as funções acima citadas, ora combinando características UIF do tipo administrativo e policial, ora tendo competências tipicamente policiais e de direção alfandegária. Esse modelo é empregado na Dinamarca e na Noruega. Por fim, as UIFs do tipo administrativo constituem um órgão desprovido de função judicial ou investigativa. Nessa categoria, a intenção principal é estabelecer uma espécie de zona neutra entre o setor financeiro e as autoridades responsáveis pela persecução penal de crimes econômicos ou financeiros.

Esse último modelo é o adotado pelo Brasil, uma vez que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) foi criado, no âmbito do Ministério da Fazenda pela Lei n. 9.613/98 (artigo 14), para ser a Unidade de Inteligência Financeira brasileira, sendo certo que não exerce função judicante ou de investigação criminal, mas sim meramente administrativa.

3.8 A estrutura institucional brasileira de combate à lavagem de ativos

O sistema institucional brasileiro voltado à prevenção e repressão ao crime de lavagem de ativos possui a seguinte organização:

[371] UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA: PANORAMA GENERAL. Washington: International Monetary Fund Publication Services, 2004, p. 17.

(1) o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão que integra a estrutura do Ministério da Justiça e, juntamente com o Banco Central do Brasil (BACEN), exerce a fiscalização das instituições financeiras;

(2) a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é competente para fiscalização de corretoras de títulos mobiliários e bolsas de valores;

(3) a Secretaria de Previdência Complementar é subordinada ao Ministério da Previdência e competente para fiscalização de entidades fechadas de previdência privada e fundos de pensão;

(4) a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) é competente para fiscalizar as empresas de seguro e capitalização.

Nesse contexto, a competência do COAF é residual em relação aos demais entes, cabendo-lhe a fiscalização das empresas administradoras de cartões de crédito, factoring, consórcios imobiliários, entre outras. Além da vigilância e apuração de condutas ilícitas, cabe ao COAF a disciplina do registro, manutenção e comunicação de informações sobre movimentações financeiras a serem prestadas por profissionais autônomos e empresas legalmente obrigadas a colaborar no combate à lavagem de dinheiro (conforme o rol disposto no artigo 9º da Lei n. 9.613/1998). Portanto, trata-se da entidade que engloba a coordenação e circulação de dados inerentes às atividades de inteligência financeira no Brasil.

Cabe mencionar alguns outros órgãos que também exercem funções antilavagem de suma importância, sendo eles a ENCCLA, o Departamento de Recuperação de Ativos e os Laboratórios de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi criada em 2003, no âmbito do Ministério da Justiça, mediante a reunião de representantes de mais de sessenta órgãos e entidades dos três Poderes da República, dos Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam na prevenção

e combate à corrupção e à lavagem de ativos, tendo o objetivo de avaliar e propor medidas de aprimoramento do sistema institucional e normativo antilavagem.[372]

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional é um órgão criado, em 2004, no âmbito do Ministério da Justiça, que tem por função estabelecer relações com Estados e organizações internacionais para reinternalização de fundos ilícitos enviados ao exterior.

Por fim, cabe menção aos Laboratórios de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, instalados, a partir de 2007, em diferentes Estados da Federação para auxiliar no complexo trabalho de cruzamento de informações financeiras e análise das comunicações de operações suspeitas recebidas pelas autoridades regulatórias com o fim de traçar o trajeto transacional (*paper trail*) percorrido pelos recursos desde a origem criminosa.

3.9 As fases do processo de lavagem: há um *iter criminis* peculiar?

Ainda que, conforme já exposto, criminosos econômico-empresariais não sejam apreciadores da letargia e da inércia, nem apegados a fórmulas ou receitas fixas para a prática de ilegalidades[373], o GAFI resolveu sistematizar o *modus operandi* do crime de lavagem sob a roupagem do que aparentemente configuraria um *iter criminis* especial, dividindo-o em três fases.

---

[372] O embrião da ENCLA - Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos, posteriormente nominada como ENCCLA, com a inclusão da preocupação com o crime de corrupção, foi a Comissão de Estudos do Conselho da Justiça Federal, órgão administrativo da Justiça Federal, que elaborou, em 2002, uma série de recomendações concretas para aprimorar a investigação e a persecução dos crimes de lavagem de ativos a partir da cooperação entre setores do Estado e da sociedade responsáveis pela implementação da lei de regência da matéria. Cf. DE SANCTIS, Fausto Martin. Lei anticorrupção e lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*. V. 947. São Paulo: RT, setembro/2014, p. 215.

[373] Nesse sentido, eis a manifestação doutrinária: “La criminalidad organizada no es algo estático, circunscrito a una sola actividad criminal o a un espacio físico, sino que es un fenómeno dinámico, que funciona de forma empresarial, adaptable a las nuevas situaciones, y que actúa a nivel internacional. En concreto, el crimen organizado adquiere una dimensión global en lo geográfico (pues actúa más allá de las fronteras nacionales), transnacional en lo étnico-cultural, y se encuentra fundamentalmente diversificado, pues su gama de producción y sus actividades delictivas son cada vez mas numerosas y novedosas.” BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...*op. cit., p. 49.

A primeira fase (chamada de colocação ou *placement*) consiste na inserção dos recursos de origem ilegal no sistema econômico lícito, sendo escolhidos preferencialmente setores nos quais o controle operacional seja mais insípido ou flexível. O principal método de lavagem de ativos empregado nessa etapa inicial é exatamente o depósito dos fundos em instituições financeiras e, preferencialmente, em aplicações que possam ser movimentadas eletronicamente à distância, o que já era ressaltado pela Recomendação R (80) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, datada de 27.06.1980.

Os delinquentes sabem que a acumulação de grandes quantidades de dinheiro em espécie atrai a atenção de concorrentes e das autoridades. Essa vulnerabilidade impulsiona a necessidade de escamoteamento do enriquecimento ilícito em tempo exíguo, o que, sob a ótica investigativa, faz dessa primeira fase uma espécie de calcanhar de Aquiles da criminalidade, dada a maior facilidade para detecção das operações de lavagem de ativos, eis que, a partir de então, produz-se o chamado efeito helicóptero[374], ou seja, com o ingresso dos fundos no sistema financeiro, a rapidez e o volume de sucessivas movimentações eletrônicas geram imensa dificuldade de acompanhamento do rastro do dinheiro (*paper trail*) por parte dos investigadores.

A segunda fase (chamada de transformação, *layering, estratificación* ou *intercalación*) consiste na realização de várias transações com vistas à criação de camadas (*layers*) de operações sobrepostas entre a origem real e a que se pretende visível. Assim, uma vez que o montante de origem criminosa já foi reinserido no circuito financeiro regular, procura-se fazê-lo circular a fim de afastá-lo, ao máximo possível, de sua origem maculada para, assim, apagar os rastros da obtenção ilícita. O objetivo dessa segunda etapa da lavagem de ativos é, precisamente, dissociar os fundos ilícitos da sua procedência por meio de uma cadeia de transações financeiras, as mais complexas e numerosas possíveis, com o fim de dificultar o seguimento por parte das autoridades.

Por fim, na terceira e última fase[375] (denominada de integração, *integration* ou *inversión*), o montante retorna para o beneficiário do processo de lavagem para se

---

[374] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 74.

[375] Há quem acrescente uma quarta fase ao processo de lavagem de ativos, que seria a reciclagem (*recycling*) e consistiria na ação de apagar os rastros das operações financeiras efetuadas (ex.:

mesclar a recursos de origem lícita. Nesse desiderato, os recursos são empregados em operações econômicas regulares e reaparecem, sob a titularidade do beneficiário da lavagem, no circuito econômico lícito (ex.: a aquisição de bens ou empresas).

Em que pesem as didáticas tentativas de explicação do processo de lavagem, é importante alertar que o dinamismo da delinquência econômica moderna inviabiliza qualquer pretensão de engessamento normativo de método único para enquadramento típico da conduta em questão. Dessa forma, é absolutamente descabida a fixação de uma espécie de manual ou roteiro obrigatório de lavagem de ativos.[376] Assim como outras propostas existentes, a tripartição proposta pelo GAFI tem apenas um fim exemplificativo e didático, de modo a facilitar a compreensão do conteúdo e objetivo do processo de lavagem.

Logo, a observância integral e sucessiva de tais fases não constitui requisito para configuração delitiva do comportamento, não tendo qualquer efeito de condicionamento obrigatório em termos de tipicidade delitiva. Aliás, em que pese terem sido elencadas sequencialmente, tais etapas podem, perfeitamente, se sobrepor e ocorrer simultaneamente, dadas as facilidades tecnológicas de comunicação existentes no mundo contemporâneo globalizado.[377]

Destarte, para que se considere consumado o delito de lavagem de ativos, basta que o agente tenha logrado restituir o bem ou valor de origem ilícita ao sistema econômico, eis que o tipo não reclama êxito definitivo da ocultação visada pelo agente e nem exige o emprego de requintadas técnicas de engenharia

---

encerramento de contas bancárias). Cf. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 16.

[376] Sobre o assunto, é precisa advertência de Isidoro Blanco Cordero: “Quien quiera ver aquí una guía para lavar dinero que se olvide. No hemos de perder de vista que estas técnicas se encuentran claramente superadas, pues los expertos en blanqueo disponen de una enorme capacidad inventiva. Quienes mantienen al día los análisis de tipologías son esencialmente los organismos internacionales y nacionales especializados en la materia.” BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 62.

[377] A utilidade da segmentação das fases do crime de lavagem de capitais está relacionada à investigação deste e à facilitação de sua compreensão. No caso do Brasil, a legislação não fez qualquer referência à segmentação, ao contrário do que ocorre na legislação francesa. Cf. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 33.

financeira transnacional[378], embora essa seja uma circunstância comumente verificada na realidade prática.

3.10 O caráter parasitário da lavagem de ativos

A doutrina costuma classificar a lavagem de ativos como um crime parasitário por natureza, também chamado de crime derivado, de segundo grau ou de conexão[379]. Isso porque tal modalidade delitiva pressupõe a prática anterior de crime que gere os bens e valores a serem ocultados em processo de dissimulação patrimonial. Desta forma, a doutrina procurou estabelecer uma espécie de classificação evolutiva das gerações da legislação antilavagem, de acordo com a categorização do crime antecedente, tema a ser abordado a seguir.

3.10.1 As gerações de leis sobre lavagem (segundo o crime antecedente)

Tomando por base a citada característica derivada do tipo penal de lavagem de ativos, a legislação penal inicialmente editada sobre a matéria, cunhada doutrinariamente de “leis de primeira geração”, teve como foco o tráfico ilícito de entorpecentes, fixado inicialmente como único crime capaz de ensejar a prática da lavagem de ativos, o que é compreensível tendo em vista ser esta, como já

[378] Em que pese a existência de posicionamento doutrinário no sentido de que o depósito de recursos de origem criminosa em instituição financeira se aproximaria de uma conduta neutra e profissionalmente adequada, configurando, no máximo, um impunível ato preparatório da lavagem de ativos (Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 206), o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal afasta essa argumentação, conforme se verifica na decisão proferida no Recurso em Habeas Corpus n. 80.816/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/06/2001, cuja ementa expressou o seguinte: “Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura.”

[379] CANAS, Vitalino. *Crime de branqueamento de capitais...* op. cit., p. 14.

mencionado, a modalidade delitiva mais lucrativa já conhecida na história da humanidade.[380]

Posteriormente, a partir da percepção de que a vultosa lucratividade ilegal a ser dissimulada não constituia uma peculiaridade exclusiva do narcotráfico, outras espécies delitivas foram acrescentadas ao rol de crimes graves que poderiam anteceder a lavagem de ativos, o que ocorreu por meio da legislação denominada de segunda geração, criadora do chamado método do catálogo.

Esta forma de tratamento da questão persistiu até que se entendeu, mais recentemente, pela inadequação da imobilidade normativa perante uma delinquência que se caracteriza exatamente pelo dinamismo e pela veloz atuação em múltiplos ramos criminosos. Por conseguinte, surgiu a terceira geração legislativa de enfrentamento da lavagem de ativos, abolindo-se o elenco taxativo de delitos antecedentes mediante acolhimento do método da cláusula geral, isto é, a admissão legal de que qualquer infração penal que gere ganho patrimonial possa ensejar a prática do crime de lavagem de ativos.

Como é cediço, o Brasil editou sua primeira lei tipificadora do crime de lavagem de dinheiro (denominação utilizada à época) em 03.03.1998 (Lei n. 9.613), que estabeleceu um rol de oito crimes antecedentes, o que justificaria seu enquadramento na segunda geração retromencionada. No entanto, a Lei n. 12.683, de 09.07.2012, alterou significativamente o referido diploma legal com o fim de alinhá-lo às tendências internacionais mais recentes, entre elas, a de eliminação do método do catálogo e adoção do método da cláusula geral, já no contexto da terceira geração legislativa. Portanto, na atualidade, qualquer infração penal – gênero que abrange os crimes ou delitos (expressões consideradas sinônimas no Brasil) e as contravenções (vide Decreto-Lei n. 3.688/1941) – pode figurar como antecedente do crime de lavagem de ativos.

---

[380] A altíssima rentabilidade da produção de entorpecentes também pode ser vislumbrada a partir da constatação de que um milhão de dólares distribuídos em cédulas pesam cerca de 110 kilos ao passo que o mesmo montante é alcançado por apenas 20 kilos de cocaína. Cf. RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiros...* op. cit., p. 48.

3.10.2 A questão da punibilidade da lavagem de bagatela

Independentemente da fase, geração ou modelo adotado em relação ao crime antecedente, a busca de coerência e proporcionalidade para o sistema de crimes e penas previstos no ordenamento jurídico fez surgir a discussão em torno da punibilidade da lavagem de batela, ou seja, a possível punição, a título de lavagem de ativos, da ocultação ou dissimulação de fundos de valor ínfimo obtidos a partir de infrações penais de pequena relevância ou gravidade.

Há vantagens e desvantagens na eliminação do rol de crimes antecedentes. Se por um lado, é inconteste a simplificação da persecução penal, por outro lado, há o risco de vulgarização das imputações criminais nessa seara, o que pode repercutir negativamente na dispersão dos recursos, energias e atenções em termos de persecução penal que devem estar direcionados à prevenção e à repressão da criminalidade mais gravosa.

Para solucionar essa indefinição, uma parcela da doutrina sugere que a interpretação hermenêutica da legislação de regência vislumbre como infrações penais antecedentes apenas aquelas cujas penas sejam iguais ou maiores do que a prevista para o próprio crime de lavagem de ativos[381] ou que observem determinado patamar mínimo sancionatório.[382]

Sendo assim, crê-se que o fator prevalecente na resolução da pendente questão da lavagem de bagatela não desprezar a já comentada relação, umbilical e tipicamente originária, existente entre o delito de lavagem de ativos e a macrocriminalidade organizada. Nesse aspecto, percebe-se que, após anos de intercorrências e discussões, o legislador pátrio houve por bem definir a figura da

---

[381] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 36.

[382] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática...* op. cit., p. 28.

organização criminosa, conforme o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013.[383]

Sendo assim, por questão de razoabilidade e coerência com a já explanada *mens legis* implícita na incriminação da lavagem de ativos, o crime antecedente que propicia os recursos a serem ocultados deve se inserir no padrão delitivo das organizações criminosas, nos moldes fixados legalmente. Dessa forma, a fim de afastar a punibilidade da chamada lavagem de batela e prestigiar o princípio da insignificância, decorrente dos postulados da intervenção mínima e fragmentariedade do Direito Penal[384], propõe-se que:

(1) *de lege ferenda,* com o objetivo de propiciar segurança jurídica, seja estabelecido que a infração penal que antecede a lavagem de ativos deverá ostentar pena

---

[383] Lei n. 12.850/2013: "Artigo 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

[384] Segundo o entendimento jurisprudencial já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese a ausência de previsão expressa, o princípio da insignificância é consagrado implicitamente no ordenamento jurídico pátrio, sendo essa uma decorrência lógica dos igualmente implícitos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade do Direito Penal. Sobre o tema, confira-se a ementa do marco precedente: "O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social." Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 84.412/São Paulo, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DJ 19.10.2004.

máxima abstrata superior a 4 anos de privação da liberdade ou ser dotada de transnacionalidade, quanto a seus efeitos ou método de cometimento;

(2) *de lege lata,* em conjunto com o critério anteriormente exposto, seja considerada materialmente atípica a ocultação de bens, direitos e valores que não ultrapassem o patamar mínimo considerado digno de cobrança judicial pela União Federal.

Atualmente, tal valor mínimo seria de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda n. 75, de 22.03.2012. Assim se propõe tendo em vista que, como expresso anteriormente, uma das finalidades da incriminação da lavagem de ativos é reforçar o confisco do produto financeiro do crime, o que, no Brasil, ocorre, via de regra, em favor da União Federal, nos termos do mencionado artigo 91, II, ´b´ do CP. Logo, se o próprio ente da Federação beneficiário considera que valores abaixo desse montante não perfazem o interesse jurídico de cobrança no âmbito cível, nada mais justo e coerente que a aplicação de tal critério para aferição da materialidade típica no campo penal.

Nos casos de competência da Justiça Estadual (diga-se: competência residual por força da interpretação a contrario sensu do disposto no artigo 2º, III da Lei n. 9.613/1998), o confisco do produto patrimonial de crimes de lavagem de ativos como efeito da condenação penal terá por destino os cofres do respectivo Estado-membro (nos termos do artigo 7º, I da Lei n. 9.613/1998), logo, o limite mínimo para configuração da tipicidade material deverá seguir o parâmetro quantitativo eventualmente considerado de digno de cobrança judicial no respectivo Estado, em respeito ao princípio federativo.

A argumentação no sentido de que a aferição da tipicidade material do crime de lavagem de ativos é imune a questões monetárias[385] ou à análise do custo-

[385] Não se ignora o entendimento jurisprudencial que sustenta a inaplicabilidade do princípio da insignificância a infrações penais que violam bens jurídicos supraindividuais, como é o caso, por exemplo, da lavagem de ativos. Vide: STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117095/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 27.08.2013. Ocorre que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado casuística e vacilante sobre essa matéria, contribuindo para confundir e não para definir esse ponto de debate, como foi verificado, por exemplo, quando da tentativa de se estabelecer critérios delimitadores da irrelevância ou bagatelaridade penal por meio de locuções linguisticamente pomposas, mas que pouco ou nada esclarecem sobre a matéria. A referência é feita em relação aos seguintes "pressupostos" fixados: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Cf. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 122.464/BA, Segunda Turma, Relator Min.

benefício de providências investigativas e punitivas não se mostra digna de acolhimento à luz dos modernos postulados da Análise Econômica do Direito e da teoria da escolha racional, que orientam não somente a racionalidade típica da criminalidade econômica, mas também devem servir ao ideal de otimização dos esforços estatais de persecução penal.[386]

3.11 A avaliação do GAFI sobre o sistema brasileiro antilavagem: pontos destacados

Após os estudos realizados no período de 26 de outubro a 7 de novembro de 2009, a mais recente avaliação conjunta do GAFISUD-GAFI sobre o sistema brasileiro antilavagem (abrangendo os aspectos institucionais e normativos) foi chancelada pela reunião plenária do GAFI, em 25 de junho de 2010, sendo dignos de destaque os seguintes aspectos conclusivos:

Celso de Mello, DJ de 12/8/2014. Sendo assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal e às noções corolárias, tais como a fragmentariedade e a subsidiariedade da intervenção penal do Estado, a proposta interpretativa acima sustentada encontra amparo analógico no entendimento jurisprudencial que vem sendo aplicado pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao crime de descaminho (artigo 334 do CP), que, *mutatis mutandis*, assim como o crime de lavagem de ativos, é pluriofensivo e também tutela bens jurídicos supraindividuais. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa: "[...] 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Descaminho envolvendo elisão de tributos federais no montante de R$ 19.892,68 (dezenove mil, oitocentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito pela aplicação do princípio da insignificância. 4. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o restabelecimento do juízo de rejeição da denúncia exarado pelo magistrado de primeiro grau." Cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 136984/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 18.10.2016. Reconheça-se, no entanto, a persistente divergência jurisprudencial quanto a esse aspecto. Cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 131205/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 06.09.2016.

[386] O alto rendimento explicativo da teoria da escolha racional se aplica à compreensão da causalidade (etiologia) da delinquência econômica, bem como à orientação da fixação do sancionamento criminal neste campo pelo Estado. Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura crimógena à cultura do compliance*. Revista Quaestio Iuris*. V. 10. N. 2. Rio de Janeiro: 2017, p. 1038. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/28342/20495>. Acesso em: 24mai.2017.

1 - O Brasil melhorou significativamente a sua capacidade de persecução de crimes de lavagem de ativos através da implementação, a partir de 2003, de um sistema de Varas Federais Especializadas no julgamento do delito, em que pese a ausência de pesquisas estatísticas confiáveis sobre investigações, acusações e condenações;[387]

2 - Os dados disponíveis apontam que os números de condenações, sancionamentos efetivos e confiscos patrimoniais encontram-se abaixo do esperado, considerando-se o tamanho do território nacional, bem como a importância regional da economia e a sofisticação do sistema financeiro do Brasil;

3 - O setor bancário brasileiro enfrenta maior risco de lavagem de ativos dada a proximidade com países produtores e exportadores de entorpecentes, mostrando-se especialmente sensíveis os setores de transações cambiais e de operações bancárias privadas à distância (*private banking*);[388]

4 - Embora não exista no Brasil a proibição explícita sobre o estabelecimento de um banco desprovido de sede física, o processo de concessão de licença para funcionamento impossibilita a instalação e funcionamento de uma instituição desse tipo. Contudo, as instituições financeiras legalizadas não estão proibidas de estabelecer e manter negócios com bancos de fachada e também não são

---

[387] Sobre este ponto, há que se registrar a incompreensão quanto ao critério que separa a competência das Varas Federais especializadas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região entre juízos "de lavagem" e juízos "de organização criminosa". Como já expresso anteriormente, os fenômenos da lavagem de ativos e da criminalidade organizada estão umbilicalmente atrelados, sendo dificílimo encontrar, na prática, um exemplo que seja de organização criminosa que não procure lavar o produto financeiro dos crimes que pratica. Portanto, é razoável afirmar que a separação dessas matérias para fins de fixação da competência de órgãos jurisdicionais é antinatural e contraproducente, servindo apenas para gerar dúvidas e suscitar arguições de nulidade processual.

[388] Em tom consonante, o Escritório de Combate ao Narcotráfico (*Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs*), órgão do Departamento de Estado norte-americano, publicou um relatório, em 2014, intitulado *International Narcotics Control Strategy Report*, no bojo do qual assinala-se que o Brasil, na ocasião ocupando o posto de sétima maior economia do mundo, figurava na listagem de países extremamente vulneráveis à lavagem de ativos (*primary concern*), haja vista ser um canal de intenso trânsito de entorpecentes, além de ser importante centro financeiro regional. Por fim, o referido relatório afirmou que a atividade de lavagem de ativos no Brasil está primordialmente relacionada aos crimes de narcotráfico, corrupção, exploração de jogo ilegal e contrabando, sendo frequente, nesse ponto, o uso do sistema bancário, do mercado de valores mobiliários e do comércio de artigos de luxo. O texto do relatório encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2014/vol2/222690.htm>. Acesso em 20jun.2015.

obrigadas a se certificarem de que as instituições financeiras de países estrangeiros não permitem que suas contas sejam usadas por bancos de fachada.

À vista do exposto, constata-se que o Brasil figura como um importante entreposto no ciclo internacional da lavagem de ativos por algumas razões: o desenvolvimento de seu sistema bancário-financeiro, a proximidade com países que figuram entre os maiores produtores e exportadores de entorpecentes, bem como o já conhecido descontrole das autoridades sobre as extensas fronteiras do país.[389] Tais circunstâncias peculiares à realidade nacional reforçam a atualidade da discussão em torno da lavagem de ativos no Brasil.

Sendo assim, revela-se descabida a argumentação contrária à tipificação penal em questão, sendo imprescindível, ao revés, assentar a necessidade de atenção do Estado, da sociedade e também do meio acadêmico quanto ao adequado enfrentamento das questões atinentes a esse ramo delinquente, em convergência com a apreciação externada por Eduardo A. Fabián Caparrós[390]:

> [...] nos hemos esforzado por probar que la intervención penal sobre el blanqueo de capitales sucios no constituye una mera obligación formal a la que estamos vinculados por mor de una serie de compromisos internacionales, ni el capricho de um torpe legislador que aspira a renovar su panoplia punitiva con la última moda que desfila por las pasarelas del Derecho comparado. Muy al contrario, nos hallamos ante una realidad frente a la cual la aplicación de los criterios político-criminales propios de un Estado social y democrático de Derecho nos demuestra que se dan los presupuestos necesarios y suficientes para su incriminación.

[389] MILLARD, George Henry. Brazil: money laundering. *Journal of Money Laundering Control*. V. 2. N. 4. London: Henry Stewart Publications, 1998, p. 368.

[390] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido*... op. cit., p. 54.

4 DA GOVERNANÇA CORPORATIVA AOS *COMPLIANCE PROGRAMS*

> O século XIX foi a era dos empreendedores, do lançamento das bases de formação do novo mundo corporativo. O século XX foi a era do gerenciamento, do surgimento de uma nova classe – a direção executiva dos grandes conglomerados. O século XXI será a era da governança corporativa, da definição da forma pela qual a estratégia será definida e o poder será exercido em todas as corporações do mundo.
>
> *Rolf Carlsson*

4.1 Governança global e governança corporativa

O termo governança tem variadas aplicações em múltiplas áreas do conhecimento humano. Sendo assim, com objetivo de sistematização didática acerca do objeto deste estudo, a definição de governança pode ser desdobrada em duas vertentes[391]: (1) governança global (ou em sentido lato), que significa o conjunto de fórmulas pelas quais Estados, pessoas jurídicas ou mesmo indivíduos administram seus respectivos interesses e a concretização de seus objetivos e (2) governança corporativa[392] (ou em sentido estrito), que abrange a estrutura e o

[391] Sobre o tema: MAGALHÃES, Vlamir Costa. Governança global, governança corporativa e criminal compliance: entre conceitos, aspectos históricos e desafios contemporâneos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); VOLPON, Fernanda Torres (Col.). *Governança Global*. V. I. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 188/202.

[392] Sobre o tema, registre-se também a tripartição anotada por Gómez Jara-Díez: (1) governo corporativo em sentido amplo, que envolve o sistema pelo qual os negócios são dirigidos e controlados, estabelecendo direitos e obrigações respectivos; (2) governo corporativo em sentido estrito, que abrange o conjunto de procedimentos para assegurar que as ações da empresa (e seus diretores) são orientadas no sentido da maximização dos interesses dos acionistas e, por fim, (3) governo corporativo em sentido institucional, que se refere à noção de democratização da empresa e valorização de sua importância institucional no contexto social. Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Aproximación a la influencia del "gobierno corporativo" sobre el derecho penal econômico. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal.* Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 149.

funcionamento dos sistemas de gestão e estruturação interna da pessoa jurídica ou conglomerado empresarial visando ao exercício de específica atividade econômica.

Embora não se trate de um assunto realmente novo, é somente a partir do quarto final do século passado que se aprofunda o processo de difusão dessa última perspectiva, movimento que teve, como marco normativo inicial, a edição dos Princípios de Governança Corporativa (*Principles of Corporate Governance*), lançados, em 1992, pelo *American Law Institute* (ALI).[393]

A ideia de governança corporativa emerge da tentativa de equilibrar o conflito entre interesses públicos e privados no seio da gestão empresarial e, mais especificamente, buscando prevenir o abuso do poder econômico-político (*corporate power*) por parte de grandes corporações. Vale lembrar que, em tempo não muito distante, arbitrariedades levadas a efeito no universo corporativo causaram graves danos a importantes valores sociais, tema que será abordado oportunamente.

Destarte, almeja-se, por meio da consolidação dos postulados de governança corporativa, a constituição de um mecanismo capaz de controlar as principais causas dos malefícios originados a partir do poder corporativo, quais sejam: o exercício descontrolado das liberdades econômicas (em particular: a liberdade de iniciativa e a liberdade de concorrência) e o crescente distanciamento dos órgãos e indivíduos dotados de capacidade decisória para com os grupos sociais afetados pela atividade empresarial.

Nesse cenário, a finalidade das estratégias de governança corporativa encontra-se centralizada no estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que permita, a um só tempo, o desenvolvimento regular da respectiva atividade econômica e a consecução das metas corporativas, sem prejuízo da preservação dos interesses públicos de alguma relacionados a esses aspectos.[394]

---

[393] Trata-se de entidade não governamental fundada em 1923, sediada no Estado da Filadélfia e que tem por finalidade promover estudos para simplificação da legislação norte-americana e sua adaptação às necessidades sociais. Nesse desiderato, são publicadas diretrizes, princípios consolidados, códigos-modelo e propostas de reforma legislativa. O texto do referido documento encontra-se disponível em: <https://www.ali.org/publications/show/corporate-governance-analysis-and-recommendations/>. Acesso em: 11fev.2017.

[394] Conforme o ensinamento de Nieto Martín: "El gobierno corporativo parte, por tanto, de que la buena gestión de una sociedad es algo que no interesa en exclusiva a los socios, sino también a un buen número de partes interesadas (trabajadores, acreedores, comunidades en las que actúa la empresa)". NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 38.

Nesse prisma, aqueles que têm seus direitos e interesses comprometidos ou vinculados com determinada coporação ou setor corporativo podem ser subdivididos em duas categorias: (1) *stakeholders*[395], parcela de agentes externos afetados pelo comportamento empresarial (ex.: consumidores, trabalhadores, credores, fornecedores, sindicatos, agências estatais reguladoras e a sociedade de forma geral) e (2) *shareholders*, camada composta por investidores, acionistas e pessoas que, de alguma maneira, têm participação no quadro societário.

Ante o exposto, pode-se concluir que a governança corporativa corresponde ao sistema de gestão empresarial no qual predominam os valores da probidade, da transparência e a compatibilização dos interesses da companhia com os direitos e interesses de todos aqueles que com ela se relacionam, direta ou indiretamente. No Brasil, o artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76)[396] é apontado como o principal fundamento legal consagrador dos ideais de governança corporativa, servindo, portanto, de baliza orientadora da interpretação dos instrumentos e estratégias conexas.[397]

4.2 Evolução histórica

Historicamente, a pioneira referência sugestiva da adoção de práticas de governança coporativa ocorreu no Reino Unido, em 1992, por meio do chamado Relatório Cadbury (*Cadbury Report)*[398], que resultou do trabalho de uma comissão

---

[395] *Stakeholder* é um vocábulo ainda desprovido de tradução clara para o idioma português, sendo utilizado para designar o conjunto de pessoas interessadas ou afetadas pelas atividades de determinada empresa ou setor produtivo de bens e serviços. Cf. RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 24.

[396] Lei n. 6.404/76: "Artigo. 116.[...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

[397] RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa...* op. cit*.,* p. 277.

[398] O documento que condensou as conclusões do Relatório Cadbury, intitulado *The Financial Aspects of Corporate Governance*, foi publicado em 1992 e posteriormente atualizado pelo Comitê Greenbury, em 1995. Finalmente, em 1998, os relatórios produzidos até então foram consolidados no *Combined Code of London Stock Exchange*, ainda hoje considerado mundialmente como um moldelo

de especialistas capitaneada pelo economista Adrian Cadbury. Na ocasião, foi proposto um conjunto de medidas de controle sobre agentes atuantes no mercado financeiro após sucessivos escândalos.

Nos EUA, a obra lançada, em 1995, por Robert Monks, intitulada *Power and Accountability*, também teve grande repercussão na matéria. Sendo Cadbury também membro da força-tarefa da OCDE, seu trabalho original teve grande influência no lançamento, por essa entidade, do documento intitulado *Principles of Corporate Governance,* em 1999, que serviu de matriz para códigos de governança corporativa adotados atualmente em mais de setenta países.[399]

O recente desenvolvimento e a consolidação dos métodos de governança corporativa se devem, em parte, ao movimento que vem sendo chamado de *pension fund capitalism*. Nesse contexto, insere-se a tendência de que maciços investimentos em bolsas de valores e no mercado financeiro sejam controlados por fundos de pensão, os quais estabelecem rígidos critérios de exigência em termos de governança corporativa para seleção das instituições-alvo onde alocarão seus recursos.[400]

Como reflexo desse fenômento, a Alemanha aprovou legalmente, em fevereiro de 2002, o seu Código de Governança Corporativa (*Deutsche Corporate Governance Kodex*), sendo este especialmente direcionado às sociedades anônimas. Embora esse diploma legal não contenha normas de caráter vinculante, por força de seu artigo 161, as empresas que tenham suas unidades do capital social negociadas em bolsas de valores têm a obrigação de esclarecer publicamente o grau de conformidade de sua estrutura e de suas práticas contábeis com as recomendações estatais. Trata-se do mandamento que ficou conhecido como "cumpra ou informe" ou “se não (cumpre), (informe) porque não”, em tradução livre

---

em termos de código de boas práticas. Cf. RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa*... op. cit., p. 37.

399 ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa*: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26/27.

400 Cerca de 60% das ações das mil maiores empresas do mundo pertencem a fundos de pensão. A *California Public Employees Retirement System* (Calpers), maior fundo de pensão dos EUA, composto por funcionários públicos da Califórnia, administra uma carteira de U$ 183 bilhões e publica, anualmente no Wall Street Journal, a relação das companhias selecionadas nas quais investe seus recursos, listando-as segundo seus padrões comparativos em termos de governança corporativa. Ibid., p. 27.

das expressões *comply or disclose* e *if not, why not*. Tal regra propiciou a elevação do valor de mercado das empresas que implementaram as proposições de governança.[401]

Evidentemente, as medidas contidas em tais documentos não configuram uma receita fixa e universal, eis que não há apenas um modelo de governança corporativa. A definição do padrão adequado para cada pessoa jurídica dependerá de seu porte, bem como da atividade econômica exercida, da legislação e da cultura mercadológica do país e região de atuação. Ainda assim, pode-se asseverar que os direcionamentos decorrentes da noção de governança corporativa estão longe de constituirem meros modismos, sendo considerados um novo e importante pilar da arquitetura econômica global, genuína manifestação de reformulação do mundo dos negócios segundo o ideal de sustentabilidade.[402]

Os valores fundamentais da governança corporativa podem ser sintetizados da seguinte forma[403]: (1) *fairness* (senso de honestidade, justiça, equidade na gestão corporativa); (2) *disclosure* (transparência das informações acerca de questões contábeis e operações legalmente arriscadas); (3) *accountability* (prestação responsável de contas) e (4) *compliance* (tema que será oportunamente abordado).

4.3 O (res)surgimento da preocupação em torno do *corporate power*

Nos anos 1980 e 1990, sobretudo por ação dos governos Reagan, nos EUA, e Thatcher, na Inglaterra, iniciou-se a era do chamado neoliberalismo econômico, marcado pela maciça privatização de empresas públicas, pela extinção de

---

[401] ZIMMERMANN, Jochen; GONCHAROV, Igor; WERNER, Joerg R. *Does Compliance with the German Corporate Governance Code have an Impact on Stock Valuation*? An Empirical Analysis, p. 02. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=624068>. Acesso em: 13.06.2015.

[402] ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa...* op. cit*.,* p. 27.

[403] GUARANI, Fábio André. O princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). *Compliance e direito penal.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 73.

monopólios estatais em setores do mercado e, principalmente, pela desregulação da economia, sobretudo do sistema financeiro.[404]

Este reavivamento da liberdade econômica em tom quase absoluto é apontado como o germe que propiciou o surgimento (e intensificação) de modernas manifestações deliquentes, a eclosão de grandes fraudes corporativas e o advento do mais recente colapso econômico de extensão mundial, originado, a partir do ano de 2008, no mercado hipotecário norte-americano. Diante desse quadro, não parece equivocado sustentar que a ressurreição da crença na capacidade autorregulatória do mercado voltou a ocasionar graves danos socioeconômicos, como se constata da análise dos casos concretos abordados a seguir.

4.3.1 O caso Enron

Fundada em 1985, a empresa Enron se dedicava originalmente à exploração de gás natural e produção de energia. Ao longo dos anos, diversificou seus investimentos e seu crescimento chegou a ser tão assombroso que a empresa se converteu na sétima maior companhia norte-americana ao alcançar, no ano 2000, valor de mercado na ordem de 67 bilhões de dólares. Sua falência provocou a demissão de mais de 5.500 empregados, que se viram também desprovidos do fundo de pensão que custeavam parcialmente.

À época, por iniciativa do então chefe-executivo da empresa, Jeffrey K. Skilling, a Enron passou a utilizar um método de exposição contábil frequentemente

[404] Sobre o tema, vale a transcrição da impressão externada por Woodwiss: "A desregulamentação e a aplicação inadequada da lei pelas autoridades competentes significam que o sistema de freios e contrapesos estabelecido pelo New Deal se rompeu. O sistema que havia em parte coibido o crime corporativo organizado foi destruído pela constante afirmação de que o mercado sabe das coisas, feita pelos lobistas bem financiados e bem conectados [...] O aumento do poder da Enron, da WorldCom e das demais nos mercados é devido em grande parte a atividades criminosas. Seus crimes fizeram muitas vítimas, inclusive acionistas que perderam dinheiro e trabalhadores que perderam empregos quando as revelações de fraudes causaram falências ou redução nas operações das empresas. Somente os investidores da WorldCom perderam mais de 200 bilhões de dólares em títulos e acções com a falência da companhia, e os fundos de pensão dos trabalhadores perderam pelo menos 70 bilhões, apenas em títulos." WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gangster...* op. cit., p. 141.

usado por empresas de corretagem denominado *"mark-to-market".*[405] A referida estratégia consistia basicamente no cálculo e divulgação das previsões diárias de lucros e perdas, computando-se, como receita corrente, ganhos projetados relativos a contratos do setor de energia. Em síntese, rendimentos futuros e incertos foram manipulados, inflando-se artificialmente os balanços com vistas à valorização das ações da empresa e atração de novos investimentos.

A partir de 2001, após seguidas quedas nas bolsas de valores norte-americanas, os documentos e atitudes da Enron passaram a ser analisados de forma mais criteriosa pelas autoridades reguladoras. Quando os boatos sobre as fraudes contábeis se iniciaram, Jeffrey Skilling e o então presidente da companhia, Ken Lay, deixaram seus postos arguindo razões pessoais, protegendo seus patrimônios pessoais mediante operações no mercado de capitais. Quando, enfim, foram detectadas as fraudes, a empresa já registrava perdas consideráveis, que fizeram com que, em dezembro de 2001, época da decretação da falência, o preço de uma ação da Enron caísse de 86 dólares para apenas 30 centavos de dólar.

A *Securities and Exchange Commission* (SEC) conduziu então uma intensa auditoria na companhia que, ao final, logrou comprovar que a Enron reportou, durante vários anos, lucros muito maiores do que os realmente obtidos. Em 25 de maio de 2006, o Juízo Federal de Houston, Texas, declarou Skilling e Lay culpados, sendo o primeiro condenado a 185 anos de pena privativa de liberdade, enquanto o segundo foi condenado a 45 anos de prisão.

Até então figurando como uma das maiores empresas de auditoria do mundo, a Arthur Andersen desempenhou um papel fundamental no episódio ao chancelar, por longo período, irregularidades e falsidades contábeis, bem como o inverídico sucesso dos números ostentados pela Enron.[406]

---

[405] MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals*: from Enron to Reform. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 57.

[406] Ibid., p. 197 e segs.

4.3.2 O caso WorldCom

O mais rumoroso episódio de fraude corporativa da história dos EUA ocorreu em época próxima e sob moldes muito semelhantes aos da Enron. Trata-se da falência fraudulenta da empresa WorldCom que, à época, ocupava o posto de segunda maior operadora telefônica norte-americana.

Após a detecção de fraudes contábeis, foi revelado um rombo de cerca de 4 bilhões de dólares nas contas da empresa, o que abalou não somente as bolsas de valores mundo afora, mas também a confiabilidade das maiores empresas especializadas em classificação de risco de investimentos e ranqueamento corporativo (*rating agencies*) que, por anos a fio, sustentaram a credibilidade da mencionada corporação.

A WorldCom encerrou suas atividades com aproximadamente 30 bilhões de dólares em dívidas bancárias, figurando, entre as instituições credoras, o Citigroup, o Bank of America e o Chase Manhatan, que juntos emprestaram mais de 4,5 bilhões de dólares aos executivos da companhia. A incerta recuperação do montante citado adveio juntamente com a demissão de 17 mil empregados. Já as ações da empresa que, no auge, chegaram a valer unitariamente mais de 60 dólares, alcançaram, ao final, a cotação de 20 centavos de dólar.

No Brasil, os efeitos da queda da WorldCom foram percebidos na alta cambial do dólar e no decréscimo valorativo das ações da Embratel, então controlada pela empresa americana. Durante as investigações, dirigentes da WorldCom, que possuía filiais em 65 países, admitiram ter inflado os lucros da empresa em cerca de 4 bilhões de dólares, no período entre janeiro de 2001 e março de 2002.[407]

[407] MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals*... op. cit., p.330.

4.4 As estratégias de governança corporativa

Entre o final do século passado e o início dos anos 2000, estes exemplos norte-americanos e outros escândalos corporativos ocorridos mundialmente[408] geraram de vultosos prejuízos sociais, tais como: o desemprego de milhares de trabalhadores, as massivas perdas patrimoniais de investidores, a queda brusca da arrecadação tributária, entre outros.

Tais circunstâncias indesejáveis demandaram o desenvolvimento de estratégias de gestão vislumbradas para equilibrar, no contexto do mundo do negócios, a relação entre metas privadas e o interesse público. A percepção majoritariamente vigente é a de que o compromisso corporativo com a estável obediência ao ordenamento jurídico acaba se convertendo em benefício para a própria pessoa jurídica, seja pela evitação de reparações patrimoniais por crimes praticados no curso da atividade empresarial, seja pela consolidação da imagem de boa cidadania corporativa (*good corporate citizenship).*[409]

Deve-se, desde já, chamar a atenção para o fato de que as vias de implantação da política de governança corporativa são abundantes e de criação progressiva, bem como não apresentam caráter reciprocamente excludente, eis que são complementares entre si e efetivamente mescladas na prática cotidiana.

A fim de sistematizar e delimitar o rumo desta investigação científica, elencam-se, como principais estratégias de governança corporativa, as seguintes: (1) a diligência devida (*due diligence*); (2) a responsabilidade social corporativa; (3) a autorregulação e (4) a adoção de programa de *compliance*.

---

[408] Citem-se, apenas como exemplo, os casos Parmalat e Flowtex, ocorridos na Europa. Uma das maiores produtoras de gêneros alimentícios, a Parmalat, de origem italiana, chegou a possuir 36 mil empregados em 30 países diferentes e faliu em 2003, sob a acusação de que manipulações contábeis levadas a efeito por seus administradores ao longo de 15 anos lograram mascarar um desfalque patrimonial da ordem de 4,9 bilhões de dólares. Informações disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.bloomberg.com/bw/stories/2004-01-11/how-parmalat-went-sour>. Acesso em: 12.06.2015. Na mesma linha, a falência da empresa alemã Flowtex Technologies, em 2000, causou um prejuízo de cerca de 1,1 bilhões de euros a investidores do mercado de valores mobiliários, tendo sido causado por contratos fictícios e informações contábeis falsas. Informações disponíveis em: <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aUZ_V0JG.lhg>. Acesso em: 12jun.2015.

[409] BEARE, Margaret E.; SCHNEIDER, Stephen. *Money laundering in Canada.* Chasing dirty and dangerous dollars. Toronto: University of Toronto Press, 2007, p. 68.

4.4.1 A diligência devida (*due diligence)*

Entre outras conotações possíveis, a diligência devida (*due diligence*[410]) consiste no aprimoramento da seleção de terceiros colaboradores (empregados e pessoas jurídicas) de modo que a corporação somente mantenha relação negocial ou contratual com agentes que ostentem comportamento pregresso imaculado e também observem políticas sérias de governança, particularmente, no tocante ao cumprimento das normas legais e administrativas aplicáveis ao respectivo setor econômico de atuação.

Assim, gera-se uma espécie de efeito cascata, que proporciona o espraiamento da benfazeja tendência de culto à legalidade e à ética no meio empresarial, evitando-se a responsabilização individual e institucional, bem como os possíveis prejuízos de ordem material e reputacional.

Reforçando essa tendência, o Banco Mundial e o Banco Europeu de Investimentos editaram, em 15 outubro de 2006, diretrizes consubstanciadas no documento intitulado *Guidelines on Preventing and Compting Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*[411]*,* por meio do qual passaram a exigir, como condição para concessão de financiamentos, que as empresas postulantes observem controles internos de combate a ilegalidades (ex.: corrupção, tanto na versão pública, quanto privada).

Na mesma linha, a Diretiva 2014/24/CE foi editada pelo Conselho de Ministros da União Europeia, em 26 de fevereiro de 2014, para disciplinar contratos celebrados por entes públicos e prevê mecanismos de exclusão de empresas do procedimento seletivo caso venha a ser comprovado envolvimento em atividades criminosas, com menção exemplificativa expressa em relação ao branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo (artigo 57, 1, ‘e’).

---

[410] NIETO MARTÍN, Adán. *El cumplimiento normativo...* op. cit., p. 31.

[411] Disponível em: <https://www.siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/ACS.pdf>. Acesso em: 04jun.2015.

4.4.2 A responsabilidade social corporativa (*corporate social responsibility*)

Em diagnóstico acerca do mundo de sua época, Albert EINSTEIN[412] prenunciou o seguinte: “Sou realmente um homem quando meus sentimentos, pensamentos e atos têm uma única finalidade: a comunidade e seu progresso. Minha atitude social portanto determinará o juízo que têm sobre mim, bom ou mau.” Embora concernente à percepção pessoal do autor sobre seu papel na sociedade, este ditame sintetiza, *mutatis mutandis*, a ideia consubstanciada na política de responsabilidade social corporativa, sendo esta uma tendência moderna que guarda exata pertinência com as metas e tarefas assumidas pela empresa junto à comunidade na qual se encontra inserida.

Nessa perspectiva, a corporação passa a colaborar na promoção de interesses da coletividade, tais como o entretenimento comunitário, o ensino profissionalizante, a realização de eventos culturais ou de atividades de educação ambiental, entre outras possibilidades. A ideia de responsabilidade social fundamenta-se no reconhecimento por parte do setor corporativo de que o direito de propriedade e a própria liberdade econômica não constituem valores absolutos e, portanto, a instituição empresarial também tem um viés social a ser observado como forma de beneficiar a coletividade que lhe proporciona a subsistência.

Nesse prisma, vislumbra-se um novo papel para a corporação, que passa a ser enxergada não somente como unidade exploradora de atividade econômica, dedicada exclusivamente à busca do lucro e à consecução de objetivos privados, mas também como importante personagem da vida social e política.

O marco inicial difusor da ideia de responsabilidade social foi a edição do Pacto Global (*The Global Compact*) que, originalmente, consistiu em dez princípios básicos de governança corporativa lançados pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1999, durante o Fórum Econômico Mundial, realizado na cidade suíça de Davos.[413]

---

[412] EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo.* Tradução de H. P. de Andrade. São Paulo: Nova Fronteira, 2011, p. 18.

[413] O documento foi oficialmente assumido pela ONU no ano 2000, com atualizações posteriores. O texto integral dos dez princípios do Pacto Global encontra-se disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 17out.2015.

Esse conjunto de diretrizes vem sendo periodicamente atualizado e condensa orientações derivadas de outros importantes acordos internacionais, entre eles: a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (1992), a Declaração da Organização Internacional do Trabalho (1998) e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003).

Pode-se afirmar que o Pacto Global é, ainda hoje, a medida mais bem sucedida entre as tentativas de promover, mesmo no tradicionalmente competitivo e patrimonialista mundo dos negócios, valores prezados pela sociedade, especialmente no que diz respeito à concretização de direitos humanos fundamentais de trabalhadores, à proteção do meio ambiente e também ao combate à criminalidade empresarial.

Embora inserido no conceito de *soft law* (norma de adesão voluntária), a influência do Pacto Global no meio corporativo foi e ainda é intensa[414], eis que o cumprimento dos requisitos necessários à adesão ao aludido acordo tem funcionado, na prática, como uma espécie de selo certificador da boa cidadania corporativa de pessoas jurídicas, o que gera efeitos positivos junto a consumidores e investidores.

---

[414] Exemplo disto é o fato noticiado, em 09.06.2016, pelo jornal Folha de São Paulo (p. A8), que publicou matéria segundo a qual o diretor-presidente da Odebrecht S.A., Newton de Souza enviou, naquela data, a todos os funcionários da empresa (chamados internamente de integrantes) um comunicado, no qual admitiu que a empresa falhou ao se envolver em esquema de corrupção revelado a partir da operação Lava-Jato, chegando a afirmar em determinado trecho do documento, o seguinte: "Falhamos por termos acatado o convívio com práticas incompatíveis com padrões de conformidade e governança empresarial nas relações entre os setores público e privado sem interessar se fomos mais ou menos suscetíveis a pressões externas, pois fomos complacentes". O comunicado expressou, ainda, o reforço dos sistemas de governança da empresa e, entre essas medidas, estão a criação de um Comitê de Conformidade vinculado diretamente ao Conselho Administrativo. Por fim, informou-se que a empresa aderiu ao Pacto Global da Nações Unidades (*Global Compact*) e tomou as providências formais para a obtenção do selo “Empresa Pró-Ética”, conferido anualmente pela Controladoria Geral da União a empresas que apresentam as melhores práticas de integridade.

4.4.3 A autorregulação

Muito além da capacidade estatal de impor regras sobre áreas altamente especializadas, as grandes corporações têm maior possibilidade de uniformizar e controlar o comportamento de seus prepostos a partir do estabelecimento de uma postura institucional clara e firme. Com igual vigor, em comparação com o Estado, as empresas detêm maior aptidão para prevenir, investigar e corrigir eventuais desvios ilegais de maneira ágil e desburocratizada, sem, por exemplo, ter de recorrer à cooperação judiciária internacional.

Paralelamente, com a emergência da política neoliberal e o afloramento do Estado mínimo, também chamado de gerencial, delineado no Brasil por força dos artigos 173[415] e 174[416] da CR/88, o Poder Público não somente deixou, via de regra, de exercer diretamente atividades econômicas, mas também passou a não se imiscuir normativamente em seu exercício por agentes privados. As imprescindíveis exceções são mantidas apenas em nichos mercadológicos cujo controle por balizas normativas mínimas é considerado essencial para o equilíbrio político-econômico nacional, como, por exemplo, ocorre nos sistemas financeiro e bancário.

Assim sendo, foi concebida, ao longo dos anos, uma modalidade menos invasiva de regulação e contenção de riscos decorrentes de empreendimentos econômicos regulares de modo que, ao lado da regulação estatal tradicionalmente impositiva e unilateral, configurou-se a ideia de autorregulação, definida como a padronização do comportamento institucional e profissional por iniciativa dos próprios agentes econômicos regulados, que assim deterão certa margem de liberdade para adaptar o acatamento dos objetivos legalmente previstos ou de interesse público às peculiaridades decorrentes do perfil da corporação e do ramo econômico de atuação.

---

[415] CR/88: “Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

[416] CR/88: “Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Dessa forma, de acordo com o grau de prevalência da voluntariedade dos entes privados ou da ingerência estatal impositiva, a autorregulação se desdobra em duas vertentes[417]:

(1) autorregulação puramente voluntária, na qual os agentes privados atuantes em determinado setor do mercado econômico estabelecem regras a serem comumente observadas, sem qualquer orientação, fomento ou ameaça punitiva por parte do Poder Público (sistema também denominado de autopoiético, endoempresarial ou autorreflexivo);[418]

(2) autorregulação regulada ou metarregulação, na qual o Estado fixa orientações mínimas de conduta e princípios básicos de organização corporativa para fins de conformidade com a legislação, os quais poderão ser complementados e adaptados pelas empresas ou organizações empresariais à sua realidade particular.

4.4.3.1 A classificação da regulação normativa quanto ao grau de liberdade-sujeição

É pertinente ao tema da regulação corporativa e, mais ainda, à chamada autorregulação regulada o desenvolvimento relativamente recente da categorização do controle normativo sobre o comportamento empresarial e profissional de acordo com o grau de imperatividade, o que se faz nos seguintes moldes[419]: normatização rígida (*hard law*), normatização suave (*soft law*) e normatização mista (*soft law hardly binding*).

[417] NIETO MARTÍN, Adán. *El cumplimiento normativo... op. cit.*, p. 36.

[418] Um exemplo pátrio de autorregulação pura é o estabelecido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Curiosamente, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária surgiu a partir de uma ameaça ao setor, já que, no final dos anos 70, o então governo ditatorial manifestou a intenção de editar uma lei criando uma espécie de censura prévia ao mercado publicitário. Diante deste quadro temeroso, por iniciativa das principais empresas do setor e com base no modelo inglês, foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, entidade não governamental que tem por missão fazer cumprir o Código acima citado. Dados disponíveis em: < http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 23fev.2017.

[419] Sobre o tema: MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal...* op. cit., p. 49.

O conceito mais tradicionalmente conhecido nessa temática remete à ideia de normatização vinculante, ou seja, dotada de força rígida (*hard law)* e obrigatória no sentido de não deixar margem ou qualquer outra opção ao agente regulado que não seja a sujeição ou submissão, sob pena de sancionamento. Por tais circunstâncias, tendo em vista a regra geral da liberdade vigorante na área econômica em Estados Democráticos de Direito, trata-se de regramento estabelecido por via de lei formal.

Já o conceito oposto diz respeito à normatização sugestiva, abrangendo o regramento desprovido de força vinculante ou obrigatória. Daí se falar em normatização suave (*soft law)*, expressão que surgiu, em meados da década de 1970, associada à proteção do meio ambiente e serviu para referência a comandos de organização empresarial que assumiram a forma de recomendações em códigos-modelo.

A partir da década de 1980, os diplomas normativos do gênero *soft law* se difundem em vários setores do mundo dos negócios sob diversas roupagens e nomenclaturas, tais como códigos de conduta, códigos de ética, recomendações de órgãos reguladores (públicos e privados), planos de ação e padrões certificados de performance, entre outras. Nesse contexto, emerge a criação de procedimentos de monitoramento do acatamento dessas normas por comissões de especialistas (*follow-up procedures*[420]).

A terceira espécie tem caráter intermediário e seria denominada de normatização mista (*soft law hardly binding).*[421] Nessa categoria estariam abrangidas as normas que, a princípio, também não teriam força vinculante – e, portanto, integrariam a categoria *soft law* –, mas que, por circunstâncias variadas (ex.: notória influência do órgão ou país prolator da norma), gozariam de imperatividade pragmática. A título de exemplo, pode-se dizer que as recomendações do GAFI assumem a qualificação de *soft law hardly binding,* especialmente em relação aos países não-membros, eis que, se por um lado, não possuem, de fato, imperatividade formal sob a ótica jurídica, noutro giro, gozam de mecanismos efetivos que induzem à sua implementação por meio de um regime de responsabilização internacional.

---

[420] MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*... op. cit., p. 49

[421] Ibid., p. 210.

4.4.3.2. O fenômeno da autorregulação regulada e sua implicação no sistema brasileiro antilavagem

A ideia de autorregulação regulada teria surgido na Alemanha para tecer referência a uma interação entre a autoimposição de padrões (*standards*) de conduta por indivíduos ou organizações e a regulação pública tradicional, embora a noção tenha sido difundida a partir de seu desenvolvimento nos EUA e no Reino Unido. Assim, conjugar-se-ia o respeito à liberdade econômica privada sem deixar de buscar o atendimento de finalidades de interesse público.[422]

A origem pública ou privada das normas de regulação empresarial, bem como seu caráter voluntário, obrigatório ou misto são assuntos tremendamente diluídos na atualidade. Muitos dos diplomas normativos de regulação global do mundo dos negócios surgiram como normas de adesão voluntária no contexto do que se convencionou chamar de *soft law*. Por óbvio que, principalmente em se tratando de temas mais delicados sob a perspectiva social, não se deve confiar somente na boa vontade de corporações e seus dirigentes, sob o risco de que procedimentos de organização e controle interno das corporações acabem assumindo um caráter meramente simbólico.

Tem sido frequente que corporações atuantes em determinados setores tomem a iniciativa de estabelecer padrões de conduta sobre segurança, qualidade e legalidade na produção de bens ou prestação de serviços, o que se verificou, por exemplo, na prevenção do crime de corrupção por parte da indústria de armamento nos EUA (*Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct)*[423] e na prevenção do crime de lavagem de ativos por meio do sistema financeiro (ex.: os já

---

[422] Segundo uma parcela da doutrina, são quatro as modalidades de autorregulação: (1) autorregulação vinculante, na qual uma organização ou grupo de sujeitos privados é designado para ditar e aplicar normas dentro de um marco geral estabelecido diretamente pelo Poder Público (*mandated self-regulation*); (2) a autorregulação aprovada, na qual os estandardes são elaborados por seus destinatários, mas adotados pelo Poder Público (*sanctioned self-regulation*); (3) a autorregulação compelida, qua se caracteriza por estandardes adotados autonomamente ante a ameaça iminente de intervenção pública (*coerced self-regulation*) e (4) autorregulação voluntária, na qual não há intervenção pública dirigida a impor ou fomentar, direta ou indiretamente, a autorregulação (*voluntary self-regulation*). Cf. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 34.

[423] Disponível em: <http://www.dii.org/>. Acesso em: 26out.2015.

citados princípios lançados, respectivamente, pelo Grupo de Wolfsberg e pelo Comitê da Basileia).

Nessa linha de atuação, as principais corporações da indústria farmacêutica internacional também se organizaram, ainda no final do século passado, para fins de criar equipes de cientistas de fora de seus quadros para fiscalizarem a observância dos padrões de segurança e de qualidade da produção por parte de suas filiais. Os inspetores corporativos tendem a ser mais habituados, treinados e especializados do que as autoridades de fiscalização governamental, forçadas a atuar de forma generalizada. Nesse aspecto, as corporações estão mais capacitadas que o Estado para regular fiscalizar diretamente suas atividades, ainda que não necessariamente desejem fazê-lo de forma efetiva ou com olhos voltados a fins públicos.[424]

A introdução da expressão autorregulação regulada no âmbito do Direito Público europeu decorreu da influência de disciplinas extrajurídicas (como a Economia, a Ciência Política e a Sociologia) e do sistema jurídico anglo-saxão, com especial incidência dos ensinamentos da Escola de Chicago e do movimento *Law & Economics*. Com efeito, a difusão da autorregulação regulada constitui importante ponto de encontro entre culturas jurídicas diversas, como assinala a doutrina europeia[425]:

> [...] la autorregulación regulada no tiene como consecuencia una delegación de funciones soberanas em manos privadas, ni puede considerarse tampoco um supuesto de privatización de funciones públicas. La autorregulación regulada se caracteriza por ser un sistema de consecución de fines públicos basado en la voluntariedad, que posee especial desarrollo em ámbitos dominados por la técnica o por la ética que rebasan de algún modo los contornos del Derecho. Ello no obstante, la autorregulación regulada no se desarolla al margen del Derecho. El legislador fixa los fines que debe perseguir la autorregulación, establece algunos requisitos mínimos sobre la composición de los sujetos que se autorregulan, puede determinar algunos aspectos procedimentales respecto la adopción de decisiones de tales sujetos y puede atribuir también a la autorregulación consecuencias jurídicas favorables o desfavorables, vinculadas a la satisfacción de los fines públicos previamente establecidos.

No entanto, advirta-se que a autorregulação por parte de agentes privados no sentido de fixação de procedimentos que estabeleçam aquele que seria, em

---

[424] BRAITHWAITE, John; FISSE, Brent. Self-regulation and the control of corporate crime. In: SHEARING, Cliford D.; STENNING, Philip C. *Private Policing.* Criminal Justice System Anuals. V. 23. California: Sage Publications, 1987, p. 223/224.

[425] DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 64.

determinado momento, o estado da arte ou da técnica profissional também abriga consigo alguns riscos típicos da seara privada. Nessa toada, é possível que o ideal padronizador perca seu caráter de interesse público e se converta em espúria tentativa de eliminação de concorrentes. Por exemplo, sob os pretextos de garantia do nível de segurança ou do cumprimento da legislação, lobbies setoriais ou corporações multinacionais poderiam fomentar o estabelecimento de procedimentos técnicos demasiadamente exigentes ou de custo irrazoavelmente elevado com o único intuito de afastar competidores de menor porte econômico.[426]

Mesmo com a necessária atenção a tais inconvenientes, a autorregulação regulada busca ser uma espécie de intervenção estatal à distância e mais branda, baseada no ideal de cooperação entre o Poder Público, os sujeitos regulados e outros agentes sociais (sindicatos, associações de consumidores ou investidores, ONGs, entre outras) com o fim de padronizar, com critérios mínimos de qualidade e segurança, o exercício de determinadas atividades econômicas relevantes.

A influência desse novo Estado regulador é sensível em diversas áreas da vida moderna, porém, tem importante e particular conotação no desenvolvimento do Direito Penal Econômico Empresarial.[427] Sobre o tema, a doutrina aponta os elementos fundamentais da autorregulação regulada, sendo eles[428]:

(1) As empresas devem fixar normas expressas de comportamento institucional que se amoldem ao seu porte, ao ramo de atuação e às obrigações legais respectivas, expressando-se esta tendência por meio de diversas roupagens e

---

[426] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 99. São Paulo: RT, 2012, p. 334.

[427] Nesse sentido, é a preleção de Adan NIETO MARTÍN: "Cuando se analiza la evolución del ordenamiento jurídico español y europeo se constata que esta nueva estratégia de control o de intervencionismo administrativo, se comparte por setores muy heterogénos. Sín ánimo alguno de exhaustividad aquí se han elegido como ejemplos la prevención de riesgos laborales, el derecho de los mercados financieros, el medio ambiente, la protección del consumidor, el blanqueo de capitales y el buen gobierno corporativo. Nota común a todos estos sectores es la dopción de la self regulation, a través de la cual la normativa administrativa incita a las empresas a que adopten determinadas normas de organización destinadas a complementar tanto a la función normativa del Estado, como su función policial y sancionadora." NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 134.

[428] NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal.* Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 135/137.

denominações (ex.: programas de *compliance*, códigos de conduta, de ética, de boas práticas ou de boa governança etc.);

(2) Tais normas devem dirigir-se à melhora da transparência do conteúdo e qualidade da estrutura interna da corporação naquilo que diga respeito, direta ou indiretamente, a questões de interesse público;

(3) deve haver designação de profissional ou órgão cuja função específica seja velar pelo compromisso da empresa e seus dirigentes com a forma de organização ostentada;

(4) deve-se estabelecer controle por agentes externos que avaliem, auditem e certifiquem a idoneidade do sistema de autorregulação.

Embora constitua um dos desdobramentos da estratégia de autorregulação regulada e do neocorporativismo, o fenômeno *compliance* tem ostentado um desenvolvimento peculiar e assume, no contexto do presente estudo, uma importância vital, cujo detalhamento será explanado a seguir.

4.4.4 Os programas de cumprimento normativo (*compliance programs*)

> Why talented, bright, highly educated, sucessful people who have "made it" risk it all by lying, stealing and cheating, especially when what they are stealing is not much compared to what they have? The simple answer is "because they can".[429]
>
> *Frank J. Dimarino e Cliff Roberson*

A etimologia do termo *compliance* remete ao verbo do idioma inglês *to comply,* que em tradução literal significa cumprir.[430] Nesse sentido, *compliance* é o substantivo que denota um estado de cumprimento, adequação e alinhamento a determinado padrão comportamental.[431]

Originariamente, a palavra *compliance* foi utilizada na área das ciências biomédicas para tecer referência ao correto seguimento do paciente às recomendações curativas. De forma análoga, a farmacologia emprega o termo para expressar a fiel observância da dosimetria percentual das múltiplas substâncias utilizadas na fabricação de medicamentos, bem como o acatamento das medidas de segurança sanitária na referida produção.[432]

Apenas a partir do quarto final do século passado, o vocábulo veio a ser empregado no linguajar da administração empresarial para se referir genericamente à qualidade daquilo que cumpre normas e diretrizes decorrentes do estado da arte (técnica) de determinado setor econômico.

---

[429] Em tradução livre: "Por que pessoas talentosas, brilhantes, altamente educadas e bem-sucedidas que ´chegaram lá´ arriscam tudo por mentir, furtar e fraudar, especialmente quando o que elas estão furtando não é muito se comparado ao que elas têm? A resposta simples é 'porque elas podem'." Cf. DIMARINO, Frank J.; ROBERSON, Cliff. *An introduction to corporate and white-collar crime*. New York: CRC, 2013, p. 12.

[430] Nesse sentido: *"To comply – to act in accordance with a rule, agreement, etc."* LONGMAN DICTIONARY OF CONTEMPORARY ENGLISH. 2. ed. London: Longman, 1991, p. 252.

[431] Nesse sentido: *"Compliance – accordance with a rule, agreement."* Ibid., p. 252.

[432] ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance*: de la ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimento. Lima: ECB Ediciones, 2014, p. 81.

A passagem da noção de *compliance* para o universo jurídico ocorreu de forma gradual, sem um marco temporal especificamente definido, embora se possa afirmar que o ganho de sentido nesse campo esteja ligado a exemplos emblemáticos de abuso do poder corporativo, ocorridos, em particular, no Reino Unido e nos EUA. As respectivas consequências desses fatos podem ser distribuídas em dois planos:

(1) o estabelecimento da hipótese legal de responsabilização penal para pessoas jurídicas e

(2) a regulação setorial que passou a ser promovida não somente pelo Estado, mas também por iniciativa das próprias corporações.

A partir do final do século passado, estar em *compliance* passou a significar a adoção de comportamento obediente e respeitoso em relação ao ordenamento jurídico de forma geral (ex.: normas relativas a direitos trabalhistas, contenção da utilização indevida de informações privilegiadas, normas protetivas do meio ambiente e dos consumidores etc.). Sobre o tema, assim define Enrique Bacigalupo[433]:

> El conjunto de los principios y medidas de una empresa que tiende a asegurar un comportaminento conforme a la ley de sus representantes legales, empleados y demás colaboradores así como de terceros, p. ej. de sus asesores constituye el llamado Compliance Management System (CSM). La vigilancia y el control del funcionamiento de este sistema forman parte de los deberes de la dirección de la empresa que há delegado su ejecución.

Assim sendo, pode-se dizer que os programas de *compliance* consistem em sistemas internos de gestão, estruturação e organização empresarial que buscam alcançar três objetivos primordiais: (1) a identificação de riscos relevantes de violação normativa, em sentido integral[434], ligados à respectiva atividade empresarial

[433] BACIGALUPO, Enrique. La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance. In: *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2011, p. 104.

[434] Nesse amplo prisma proposto, estão abrangidas: a legislação referente a quaisquer dos ramos do ordenamento jurídico; as normas internas da própria empresa (ex.: códigos de conduta ou ética), as normas derivadas de associações da respectiva classe empresarial e os atos administrativos regulatórios emanados de órgãos e entidades estatais.

(*risk assesment);*[435] (2) o estabelecimento de mecanismos que evitem que esses riscos se convolem em ilícitos e danos concretos e, em casos inevitáveis, (3) a previsão dos procedimentos de comunicação e colaboração investigativa com as autoridades estatais para reparação dos eventuais prejuízos causados e identificação e sancionamento dos agentes responsáveis.[436]

Por meio da adoção efetiva de um programa de cumprimento normativo, busca-se promover a cultura empresa de respeito aos valores éticos e ao ordenamento jurídico (*compliance culture*).[437] A importância dessa iniciativa relaciona-se com a visão do crime econômico-empresarial como *structural crime*[438]*,* ou seja, constata-se que a delinquência perpetrada no curso da atividade econômico-empresarial é influenciada, causada ou facilitada pelas características do ambiente de trabalho e pelas condições em que se dá o respectivo exercício profissional. O objetivo dos programa de *compliance* é controlar, se já existente, ou prevenir, se em vias de formação, uma postura tendencialmente criminosa dentro da instituição empresarial.

A face criminal do *criminal compliance* se volta, especificamente, para a precaução e a repressão da delinquência econômico-empresarial. Em outras palavras, um programa de cumprimento normativo de cunho criminal (*criminal compliance program*) consubstancia um conjunto de providências organizacionais adotadas pela empresa com o fim de eliminação de estruturas crimógenas e a mitigação de riscos de lesão a normas penais no seio da atividade corporativa.

A partir dessa perspectiva, advém a noção de que a elaboração de um programa de cumprimento normativo-penal tem por pressuposto essencial a

---

[435] Tal expressão procede do ramo de auditoria e corresponde, no plano criminológico, à investigação e ao controle dos fatores etiológicos de condutas delitivas inseridas no cotidiano da corporação. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 29.

[436] Em sentido similiar: KUHLEN, Lothar. Compliance y Derecho Penal em Alemania. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente(Dirs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención detección y reacción penal*. Madrid: IBDEF, 2014, p. 91.

[437] NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo... op. cit., p. 26. No mesmo sentido, é a definição do padrão australiano para programas de cumprimento normativo: *Autralia Standards for Compliance Programs* (AS 3806, par. 1.2).

[438] NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*... op. cit., p. 61.

identificação e gestão de riscos de violação de normas penais no curso das atividades corporativas. Desde já, é importante fixar que, por óbvio, não há como garantir, de maneira absoluta e perpétua, que, a partir da adoção de um programa de cumprimento normativo, empregados ou administradores da pessoa jurídica empresária jamais atuarão ilicitamente. Não é essa a expectativa. As providências de estruturação interna da corporação devem, isso sim, contribuir para a restrição – máxima possível – da suscetibilidade do cometimento de crimes no curso regular das atividades corriqueiras da corporação.[439]

4.4.4.1 A questão terminológica

É larga a variedade de vocábulos empregados no exterior para denominar os programas de cumprimento normativo, podendo ser colacionados os seguintes[440]: *compliance programs*, *risk management*, *value management*, *corporate governance*, *business ethics programs*, *integrity codes*, *codes of conduct* e *corporate social responsibility*.

No Brasil, dois diplomas legais abordaram o tema até o momento.

O primeiro foi a Lei n. 9.613/98 (artigo 10, III, com a redação da pela Lei n. 12.683/2012) que, sem manifestar opção terminológica clara, referiu-se ao dever atribuído a determinados agentes econômicos (elencados no artigo 9º da mesma Lei) quanto à adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, para o fim de cumprimento das obrigações de colaboração antilavagem (definidas no artigo 10 do referido texto legal).

Embora tratando de temática, a princípio, extrapenal[441], o outro diploma legal que aborda o assunto é a Lei n. 12.846/2013[442] (regulamentada pelo Decreto n.

---

[439] GORDON, Steven D. *Implementation of effective compliance…* op. cit., p. 49.

[440] SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 66. No mesmo sentido: SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese.* N. 75. Porto Alegre: agosto/2012, p. 23.

[441] Embora preveja sanções que, no Direito Comparado, configuram autênticas penas aplicáveis a crimes praticados por pessoas jurídicas (ex.: a publicação da decisão condenatória em veículos de

8.420/2015), que disciplinou a hipótese de responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos ilicitos contra a administração pública e, em seu artigo 7º, VIII, referiu-se a "mecanismos e procedimentos internos de integridade".

Ante as circunstâncias mencionadas acima e mesmo considerando a existência de outras denominações e fenômenos conexos, crê-se que a tradução do termo *compliance* para o idioma português se indentifca melhor com a expressão (programa de) cumprimento normativo[443], embora o emprego do termo *compliance,* mantido no idioma inglês, também não se mostre equivocado, uma vez que atende ao fim de alinhamento e uniformização da denominação internacionalmente empregada quanto ao tema.

4.4.4.2 A evolução dos programas de cumprimento normativo

O conceito de cumprimento normativo ostenta uma trajetória vertiginosa.[444] Mesmo sendo desconhecido pouco tempo, uma simples pesquisa na rede mundial de computadores resulta, atualmente, na obtenção de milhares de resultados responsivos.[445] Fato é que a emergência do fenômeno *compliance* está

---

comunicação de grande circulação, conforme artigo 6º, II e § 5º), a Lei n. 12.846/2013, popularmente chamada de Lei Anticorrupção, estabeleceu em sua ementa que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[442] Lei n. 12.846/2013: "Artigo 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal."

[443] Também considerada acertada para o idioma espanhol conforme: ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 111.

[444] ROSTCH, Thomas. *Criminal Compliance.* Barcelona: janeiro/2012, p. 01. Disponível em: <http://www.indret.com/es/interior.php>. Acesso em: 21jul.2016.

[445] Com exatidão, foram obtidas cerca de 385 milhões de respostas, conforme pesquisa feita no sítio eletrônico de buscas google, em 08.02.2017.

genuinamente vinculado a abusos, fraudes e ilegalidades decorrentes do mau exercício do poder corporativo.

Desde os primórdios da organização das forças de trabalho com vistas à produção de riquezas sob a forma societária, sempre existiu a preocupação em torno de possíveis abusos e, por conseguinte, sobre qual a melhor forma de controlar eficientemente arbitrariedades do poder das corporações.

Ainda no final do século XVII, a aparição dos primeiros agrupamentos econômicos na Europa causou inquietação e, consequência disto, foi a edição do *Bubble Act*, de 1720. Esse diploma legal passou a restringir a criação de sociedades mercantis na Inglaterra devido ao vultoso prejuízo gerado pela *South Sea Company*, cujos dirigentes lograram convencer milhares de investidores de que a Espanha lhe outorgaria o monopólio do tráfico de escravos com países da América do Sul, exclusividade que acabou não ocorrendo.[446]

A partir desse episódio, percebe-se que o pioneirismo anglo-americano no tocante à gestão das questões de governança é justificado, de um lado, pelo fato de que a Inglaterra foi o cenário principal do desenvolvimento do processo de Revolução Industrial (1760-1840) e, de outro lado, pelo fato de que os EUA constituíram o berço econômico das grandes corporações hodiernas. Diante desse quadro, é natural que os primeiros problemas e respectivas soluções relacionados a ilicitudes no contexto econômico-empresarial (ex.: abuso da personalidade jurídica e blindagem por detrás da complexidade estrutural das grandes instituições empresariais) surgissem exatamente na origem do próprio fenômeno corporativo.

Em suma, o surgimento e o fortalecimento da noção de *corporate power*[447] se deu nos EUA e no Reino Unido e isso explica, ao menos em parte, o maior desenvolvimento observado em tais países quanto à formulação de instrumentos de governança corporativa e, mais especificamente, de programas de *compliance*.

---

[446] NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 131.

[447] Segundo estudo divulgado na reunião da Organização Mundial de Comércio (OMC), realizada em Seattle, em novembro de 1999, entre as 60 maiores potências econômicas do mundo, encontram-se Estados e também empresas, na seguinte sequência: 1º lugar – EUA, com PIB de US$ 7,7 trilhões; 2º lugar – Japão, com US$ 4,2 trilhões; 23º lugar – General Motors, com US$ 1,78 bilhões; 24º lugar – Dinamarca, com US$ 1,61 bilhões; 26º lugar – Ford Motors, com US$ 1,53 bilhões. Cf. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal...* op. cit., p. 17.

A maioria dos países não se sentiu, num primeiro momento, ameaçada pelo poder corporativo, o que justifica o sensível atraso no desenvolvimento de mecanismos de regulação dos mercados financeiros e do próprio direito econômico dele decorrente, em especial, no que se refere a questões como transparência na prestação de contas (*accountability*). Paralelamente, não se pode desconsiderar que a expansão mundial da ideia de cumprimento normativo está, em parte, vinculada à influência político-financeira dos EUA e sua consequente capacidade de difundir regramentos muito além dos limites de suas fronteiras.[448]

A despeito de tal visão, fato é que os importantes episódios mencionados permitem concluir que desvios ilegais e prejuízos deles decorrentes constituíram, ao longo da história, o motivo justificador da intervenção regulatória estatal no meio econômico-empresarial, fenômeno que, em versão menos incisiva e mais moderna, veio a se desenvolver por meio de incentivos à reorganização interna de pessoas jurídicas atuantes nos mais diversos campos econômicos. Assim sendo, pode-se afirmar que a difusão da noção de governança e, em especial, dos programas de cumprimento normativo constituiu, em boa medida, uma reação aos excessos do poder corporativo.

Costuma-se apontar que os primeiros sinais da imposição de providências preventivas de ilegalidades relacionadas à reorganização estrutural de empresas apareceram, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque[449] e no seio das medidas intervencionistas tomadas por Roosevelt, corporificadas no pacote de medidas assim chamado de *New Deal.*[450] Foi assim, na década de 1930, a então recém-

---

[448] MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 214.

[449] O crash da Bolsa de Nova Iorque, que tem como marco inicial a chamada quinta-feira negra, de 29.10.1929, desencadeou nos EUA o mais profundo processo de depressão econômica de que se tem conhecimento, que se estendeu aproximadamente até 1933, quando a taxa norte-americana de desemprego atingiu o nível mais elevado da história (30% da população economicamente ativa, o que, à época, correspondia a 12,5 milhões de trabalhadores). Cf. ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa*: fundamentos, desenvolvimento e tendências... op. cit., p. 46.

[450] Tal denominação foi atribuída ao conjunto de medidas interventivas tomadas, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, por Fraklin Delano Roosevelt, então Presidente norte-americano, para tentar recuperar a economia dos EUA, entre elas, a Lei de Títulos e Bolsa, de 1934, que objetiva disciplinar o mercado de ações. Sobre o New Deal, assim discorreu Woodwiss: “Roosevelt exigiu, entre suas medidas saneadoras, ‘ampla transparência em todas as emissões de capital em ações, títulos e outros papéis; nos passivos e dívidas, assim como nos investimentos de capital; e informação freqüente sobre ganhos brutos e líquidos. Vamos ‘acender a luz’, exigiu ele, repetindo um tema

criada *Securities and Exchange Comission* (SEC) passou a pressionar as empresas a estabelecer controles internos (*self policing*) com o fim de evitar o uso indevido de informações privilegiadas e, da década de 1950 em diante, a adoção de programas de *compliance* tornou-se política generalizada entre as instituições financeiras norte-americanas.

Já na década de 1960, a concepção jurídica de cumprimento normativo foi enfatizada em meio aos rumorosos *electrical cases.* Nessa época, grandes corporações estadunidenses do ramo de produção de energia foram acusadas da prática de preços cartelizados, motivo pelo qual as próprias entidades resolveram implementar regras aplicáveis reciprocamente com o fim de prevenir novos abusos.[451]

Na década de 1970, o caso Watergate originou a edição do *Foreign Corrupt Practices Act*, legislação na qual foi reforçada a importância dos programas de cumprimento como instrumento de prevenção delitiva.

Em meados da década de 1980, foi publicado um documento autorregulatório (*Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct)*[452] originado a partir de ilegalidades ocorridas nos primeiros anos do governo Reagan, tendo sido perpetradas, no âmbito do mercado armamentista, ainda no contexto da Guerra Fria e em detrimento de recursos do Departamento de Defesa dos EUA. Casos de abusos de informações privilegiadas (*insider trading*) no mercado financeiro também ensejaram a edição do *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*, em 1988.

Apesar da difusão da *compliance culture* para diversos setores[453], não havia incialmente uma disciplina normativa específica que uniformizasse a definição de

---

recorrente entre aqueles que desejavam vigiar as imperfeições e abusos do capitalismo desenfreado. 'A transparência', disse ele em outro discurso, 'é a inimiga da desonestidade'." Cf. WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gangster:* quem são os verdadeiros agentes do crime organizado mundial... op. cit., p. 92.

[451] ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance...* op. cit., p. 82.

[452] Disponível em: <http://www.dii.org/about-us>. Acesso em: 21set.2015.

[453] A enumeração de escândalos envolvendo ilegalidades corporativas e respectivas reações normativas é tecida no presente estudo a título meramente exemplificativo e sem qualquer pretensão de exaurimento. Outros casos ocorreram, como, por exemplo, a edição pela agência norte-americana de política de proteção ambiental (*United States Environmental Protection Agency – EPA*), em janeiro de 1996, do documento intitulado *Incentives for Self Policing: Discovery, Disclosure, Correction na da Prevention of Violations*, no qual se prevê a possibilidade de redução da sanção civil e de

conceitos e elementos estruturais essenciais sobre essa matéria, principalmente no tocante aos efeitos concretos da adoção de políticas responsabilização no âmbito empresarial. Esse panorama veio a ser alterado no início da década de 1990, conforme se verifica a seguir.

4.4.4.3 As diretrizes de sentenciamento criminal para pessoas jurídicas: *Federal Sentencing Guidelines for Organizations Act*

Alguns desdobramentos em relação à temática da responsabilização penal de pessoas jurídicas têm notória e forte relação com modernas concepções sobre a imputação criminal individual no âmbito empresarial. Um marco relevante nessa matéria foi o advento do documento normativo intitulado *US Federal Sentencing Guidelines for Organizations Act*[454]*,* também nominado de *Organizational Sentencing Guidelines.*[455]

Originalmente lançadas em 1987, as *Guidelines* (diretrizes) se destinavam, de início, a uniformizar critérios de sancionamento penal para pessoas físicas. Apenas, em 01 de novembro de 1991, o Congresso norte-americano chancelou a versão do referido documento que passou a abranger vetores para avaliação da culpabilidade e da dosimetria punitiva em face de pessoas jurídicas. Em que pese a edição, em 1962, do *Model Penal Code* com o fim de orientar da legislação penal dos entes da federação norte-americana, foram as diretrizes de sentenciamento institucional lançadas em 1991 que configuraram a primeira medida efetivamente empreendida na tentativa de padronizar requisitos essenciais para a eficácia penal de programas de *compliance*.

Elaborado pela *United States Sentencing Commission*, órgão autônomo que assessora o parlamento dos EUA em questões jurisprudenciais, esse documento

---

recomendação da própria agência reguladora aos órgãos de persecução penal sobre a desnecessidade do sancionamento penal, em caso de pronta comunicação de danos ambientais causados.

[454] Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines/organizational-guidelines>. Acesso em: 29out.2015.

[455] ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 161.

consistiu numa espécie de manual de cunho não vinculante que contém parâmetros orientadores do sentenciamento criminal de pessoas jurídicas por juízes federais.[456] Nitidamente baseada nos ensinamentos da Escola Econômica de Chicago e no movimento *Law & Economics*, a intenção desta legislação foi minimizar a discricionariedade judicial e, desta forma, promover maior segurança jurídica.[457]

A partir de então, ganhou forma e força a ideia de fundamentar, autonomamente, a culpabilidade de pessoas jurídicas com base na estratégia *carrot and stick*[458] (*zanhoria e palo*[459] ou, em tradução literal, cenoura e chicote, que configuram, respectivamente, estímulo e castigo) e na autorresponsabilidade institucional no que concerne à organização corporativa com fins de controle de riscos penais ligados às atividades empresariais desenvolvidas.[460]-[461]

---

[456] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Criminal Compliance y Proceso Penal: reflexiones iniciales. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Orgs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 201.

[457] ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos...* op. cit., p. 16.

[458] A figuração acima decorreria dos desenhos animados em que um pedaço de madeira segurado pelo condutor tem pendurado na ponta uma cenoura (*carrot*), significando um prêmio ou benefício perseguido pelo animal montado, cuja alternativa é a do castigo ou chicote (*stick*). A estratégia mencionada consiste na oferta do benefício da redução ou exclusão da pena em troca organização interna volta ao cumprimento de normas éticas e legais. Cf. GARRET, Brandon L. *Too big to fail*: how prosecutors compromise with corporations. London: Harvard University Press, 2014, p. 148.

[459] CARRIÓN, Andy; URQUIZO, Gustavo. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores, 2015, p. 394.

[460] Sobre a teoria da culpabilidade por organização deficiente ou defeituosa, vale transcrever a seguinte síntese doutrinária: "[...] a capacidade de ação das corporações no direito não precisa ser construída em analogia aos seres humanos, nem o seu conceito ser emprestado do direito privado. O conceito pode derivar da capacidade geral da empresa de desenvolver e materializar sues propósitos comerciais em âmbito social. Nesse sentido, pessoas jurídicas têm o dever de organizarem-se de modo a não permitirem a prática de crimes ou a causação de certos tipos de dano por parte de seus órgãos, representantes e empregados. Essa possibilidade de evitar danos e sua exigibilidade não são idênticos aos requisitos necessários para a culpabilidade de pessoas naturais. Trata-se, em realidade, de critérios equivalentes para definir a própria culpabilidade das corporações sobre tais fatos [...] A culpa de corporações existe, portanto, quando a sua organização falha em evitar um estado de coisas que poderia ser evitado caso tivesse organizado de outro modo e nós esperássemos que ela assim fizesse. O que significa que as ações dos representantes não são particularmente interessantes por causa de suas características criminosas, mas porque essas pessoas têm o dever de garantir o desenvolvimento das atividades da corporação de maneira segura." CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 123/124.

O vínculo entre o fenômeno *compliance* e a responsabilidade criminal individual no âmbito empresarial[462] é realçado pelo fato de que, a partir da edição das *Guidelines*, a discriminação clara de competências subjetivas no seio da organização interna da corporação passou a gerar deveres para administradores e prepostos, cujo descumprimento está sujeito a efeitos penais.

Fato é que, mediante o estabelecimento de incentivos para o alinhamento da organização corporativa ao ordenamento jurídico e penalidades para a hipótese de eventual descumprimento, foram definidos, no capítulo oitavo do aludido documento normativo, os elementos básicos para a concreta determinação da pena aplicável a uma corporação, englobando, entre outros aspectos[463]: a tolerância com a atividade criminosa; o histórico prévio da organização em matéria de ilicitudes; a eventual violação da ordem de autoridades estatais e o grau de cooperação ou obstrução da Justiça por parte da instituição.

Em 2004, tais diretrizes de sentenciamento institucional foram ampliadas para o fim de exigir o monitoramento constante dos programas de cumprimento normativo, o que antes era feito apenas quando da ocorrência de uma transgressão,

---

[461] Registre-se, nesse aspecto, a teoria da cognição coletiva (*collective knowledge theory*), que teria sido aplicada, originalmente, em 1987, no caso U.S. vs. Bank of New England (1st Circ. 1897, 821 F 2d 844). Por meio desta, a jurisprudência norte-americana chancelou a imputação criminal em face do banco que deixou, por 31 oportunidades, de cumprir as obrigações de comunicação previstas no *Currency Transaction Reporting Act*. Segundo a referida tese, a fragmentação do fluxo de informações por meio da voluntária divisão organizacional em departamentos e setores faz com que se conclua pelo conhecimento intencional da corporação como se uma unidade fosse, algo próximo à noção de organização defeituosa. Cf. PODGOR, Ellen S.; ISRAEL, Jerold H. *White collar crime in a nutshell.* 3a ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 26/27 e NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: uma visión desde el Derecho comparado y europeo. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones.* 2. ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 183. A teoria do cognição coletiva propõe que uma corporação possa ser responsabilizada penalmente ainda que nenhum empregado ostente comprovado comportamento intencional no sentido de violar a lei. Na já referida decisão da Corte do Primeiro Circuito, entendeu-se que o ilícito penal poderia ser atribuído à pessoa jurídica por três vias: (1) se, de formal geral, a instituição evitou ter ciência e observar os requisitos legais concernentes ao seu ramo de atuação; (2) se um ou mais agentes da empresa sabiam de tais requisitos e não os observaram e (3) se, de forma agregada e coletiva, tanto a instituição, quanto os empregados praticaram tais atitudes. Cf. BRICKEY, Kathlenn F. *Corporate Criminal Liability*: a treatise on the criminal liability of corporations, their officers and agents. V. I. 2. ed. New York: CBC, 1984, p. 144.

[462] A própria definição doutrinária dos programas de cumprimento normativo atesta o vínculo deste instituto com a imputação criminal não somente de pessoas jurídicas, mas também de indivíduos que nela ou por meio dela atuam, conforme se verifica na assertiva de Renato de Mello Jorge Silveira no sentido de que *criminal compliance programs* são "programas de conteção de riscos empresariais os quais devem ser levados em conta para a estipulação da responsabilidade das empresas e também dos agentes responsáveis pelo seu cumprimento." Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial*: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, p. 185.

[463] GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Criminal Compliance y Proceso Penal...* op. cit., p. 202.

bem como para fixar a necessidade de discriminação das competências e responsabilidades dos diretores da corporação. Em 2010, após nova revisão, estabeleceu-se a exigência de auditoria externa independente para adaptação do programa de cumprimento normativo a eventuais novos riscos.[464]

4.4.4.4 A legislação de controle do mercado financeiro: *Sarbanes Oxley Act*

Como decorrência direta das calamitosas consequências dos crimes que levaram à falência a Enron e a WorldCom, foi editado, nos EUA, em 2002, um rígido diploma legal que veio a ser denominado de *Sarbanes Oxley Act*. Tal legislação teve por objetivo resguardar, sob rigorosa ameaça penal dirigida a entidades empresariais e seus executivos, a confiabilidade da estrutura interna e das informações ostentadas frente ao mercado de investidores.

Assim, por meio do que veio a nominado de cumprimento imperativo (*mandatory compliance*), as instituições que negociavam as unidades de seu capital social em bolsas de valores norte-americanas se viram obrigadas a adotar um código de conduta (previsto no § 406 do referido diploma legal), que incluía diversos deveres organizacionais, tais como o de manter canais de denúncia anônima de irregularidades e o de definir atribuições supervisionais no seio da organização. A adoção das novas regras internas por cada companhia também deveria se dar de forma escrita, expressa e com divulgação pública, além de comunicada formalmente à *Securities and Exchange Comission* (SEC) .

O advento dessa nova sistemática de intervenção estatal no aparelhamento corporativo repercutiu mundialmente, haja vista o processo de interação global dos mercados e a expressiva presença de companhias estrangeiras nas principais bolsas de valores dos EUA (sendo 450 empresas alocadas na *New York Stock Exchange*, e 330, na Nasdaq).

---

[464] ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance*... op.cit., p. 87.

4.4.4.5 Os programas de fachada (*cosmetic compliance*): possíveis soluções

Como dito, a história do mundo dos negócios registra abusos do poderio econômico corporativo causadores de danos de montantes estratosféricos. Corporações de proporções gigantescas, tidas como grandes demais para falharem (*too big to fail),* comprovaram, em plúrimas oportunidades, que o talento e a inteligência de seus comandantes foram utilizados para produzir riquezas e bem-estar, mas também levaram sofrimento e prejuízos a milhares de pessoas.

É fato que a atuação de organizações corporativas, sobretudo as multinacionais e suas filiais espalhadas mundo afora, tiveram relevante papel na internacionalização da criminalidade do colarinho branco e, por conseguinte, do Direito Penal Econômico. Diante de tal realidade, algumas entidades igualmente transnacionais passaram a sugerir padrões de organização corporativa sob a forma de códigos de conduta delimitadores de uma espécie de zona de risco permitido, algo aproximado à manifestação de um Direito Penal Econômico brando (*soft law*).[465]

Embora, originalmente, a autorregulação sob a forma de adoção de programas de cumprimento normativo tenha surgido com efeitos meramente delimitadores da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, é possível vislumbrar, na atualidade, desdobramentos dessa temática na responsabilização penal individual por omissão, em particular, quando da imputação expressa a determinados agentes de obrigações de fiscalização da legalidade (chamados de *gatekeepers* ou guardiões).

Contudo, merece atenção a possibilidade de que a delegação interna do monitoramento de riscos se dê com a mera finalidade de blindar dirigentes corporativos, substituindo-os por empregados subordinados em situação de flagrantes fragilidade e impotência. Nesse cenário, tais agentes subalternos seriam utilizados como bodes expiatórios (*chivos expiatórios*[466] ou *fall-guys*[467]) em

[465] TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial.* Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 39.

[466] PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 218.

programas de cumprimento ineficazes e de fachada, no sentido de existirem apenas formalmente e funcionarem, em verdade, como uma cortina de fumaça para irregularidades. Daí serem chamados de programas cosméticos[468], de papel molhado[469], *blinking and winking programs*[470] ou, ainda, *window-dressing compliance programs.*[471]

Vale relembrar que graves e emblemáticos episódios relacionados a crimes do colarinho branco foram levados a efeito exatamente por meio de grandes empresas que ostentavam programas de *compliance* de aparência insuspeita. Apenas aparência. No caso específico da Enron, chama a atenção o fato de que seu código de ética era estabelecido sob o inusitado lema *Respect, Integrity, Communication and Excellence* (R.I.C.E.).[472]

Com o fim de evitar o sucesso de tais farsas, algumas soluções vêm sendo propostas, cabendo destacar as proposições de auditoria e certificação por entes externos independentes e de estabelecimento de canais de denúncia anônima (*whistleblowing*), estratégias que serão objeto de análise a seguir.

---

[467] BRAITHWAITE, John; FISSE, Brent. Self-regulation and the control of corporate crime… op. cit., p. 227.

[468] NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación...* op. cit., p. 143.

[469] NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). *Manual de Cumplimento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 124.

[470] Em tradução livre, programas de piscar e tolerar. SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa...* op. cit., p. 102.

[471] NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo*...* op. cit., p. 124.

[472] ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance...*op. cit., p. 86.

4.4.4.5.1 A auditoria externa e a certificação dos programas de cumprimento normativo

Alem da designação de um profissional ou órgão interno da pessoa jurídica para exercício da supervisão do cumprimento normativo, é crescente a tendência de contratação de empresas terceirizadas para auditagem do respectivo programa. Paralelamente, algumas entidades foram criadas com a função específica de monitoramento e certificação dos programas de cumprimento normativo adotados pelas empresas com o fim de avaliar, concretamente, a eficiência prática dos mesmos.

Em 1999, a OCDE lançou o *Guidelines for Multinational Enterprises*[473], documento que contém uma série de diretrizes de organização interna para empresas multinacionais, figurando, entre as medidas propostas, a obrigação de desenvolver programas de cumprimento normativo nos quais sejam implementados canais de denúncia anônima, sistemas de gestão de riscos, políticas contínuas de treinamento de trabalhadores visando à detecção e prevenção de infrações legais.

Ainda sobre a estruturação do controle corporativo, há de se mencionar a importância do chamado padrão COSO, cuja versão original foi revisada mais recentemente no ano de 2013. Sua origem está ligada ao final da década de 1980, quando, na esteira dos já citados escândalos concernentes à inautenticidade de informações financeiras e contábeis, foi estabelecido nos EUA, em 1987, o chamado comitê COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), formado por representantes de organizações empresariais, que então elaborou um relatório sobre a confiabilidade das informações financeiras divulgadas no mercado norte-americano.

Em 2002, tais recomendações foram finalmente sintetizadas em acordo com a Seção 404 da lei norte-americana que disciplina o mercado de valores mobiliários (*Sarbanes Oxley Act*), num conjunto de padrões para exposição de informações de auditoria (*Internal Control-Integrated Framework).*[474] Os padrões de controle interno

[473] Disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf/view>. Acesso em: 28out.2015.

[474] Disponível em: <http:// www.coso.org>. Acesso em: 25out.2015.

são baseados em cinco aspectos: (1) comando dos valores éticos e filosóficos da gestão empresarial; (2) avaliação de riscos; (3) políticas de controle; (4) estratégias de informação e comunicação e, por fim, (5) atividades de monitoramento e supervisão.

As exigências em torno da governança corporativa e da corolária adoção de programas de cumprimento normativo advém, de forma convergente, ora de convenções entre entes privados, ora de diplomas normativos de cunho administrativo, ora de caráter penal ou processual.[475] No entanto, verifica-se que a estandardização da produção de bens e da prestação de serviços por meio da certificação externa é um fator que se integra às tendências hodiernas em termos de cumprimento normativo. O não seguimento de tais orientações procedimentais configura um indício robusto de que o programa de cumprimento não é eficaz e, na mesma proporção, a fiel observância dos padrões fixados legitima a presunção relativa (*juris tantum*) de eficácia do modelo organizativo.[476]

Sobre esse aspecto, a legislação chilena (artigo 4º, ´b´ da Ley n. 20.393, de 02.12.2009)[477], que disciplina a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, consagrou a possibilidade de que auditorias externas certifiquem a confecção e a aplicação dos programas de *compliance* de modo a conferir-lhes credibilidade.

A *International Organization for Stardadization* (ISO), organização não governamental de atuação internacional, com sede na cidade suíça de Genebra, tem

---

[475] Sendo exemplos, além dos já citados: o capítulo oitavo do *US Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, de 1991; o Decrelo Legislativo italiano n. 231, de 2001 (que disciplina a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas) e o *Bribery Act*, de 2010, do Reino Unido (lei anticorrupção).

[476] NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal...* op. cit., p. 26.

[477] Ley n. 20.393/2009, artículo 4: "a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad; b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador; c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal."

por missão a elaboração de padrões de qualidade, produtividade, segurança e legalidade para mais de 21 mil atividades profissionais e econômicas. Assim, por meio de selos que atestam a conformidade da organização empresarial com o padrão estabelecido, são estabelecidos parâmetros de exigibilidade sobre questões relevantes, tais como: a preservação do meio ambiente (ex.: UNE-EN ISSO 14001:2009), a segurança do trabalho (ex.: OHSAS 18001:2007), a segurança da informação (ex.: ISSO/IEC 27002:2005), os critérios de responsabilidade social (Ex.: ISO 26000), entre outras.[478]

No dia 05.12.2014, a Organização Internacional de Padronização publicou normatização padronizadora de programas de *compliance* sob o título ISO 19600 *Compliance Management Systems – Guidelines.*[479] Esta normativa ISO sobre a qualidade de programas de cumprimento seria inspirada em outro conjunto de diretrizes, a *Australian Standard for Compliance Programs* 3086-2005, de finalidade idêntica segundo seus próprios termos: "[...] to provide principles and guidance for organization designing, developing, implementing and improving an effective compliance program".

Embora não isento de problemas, este parece ser um caminho razoável para evitar manobras de fachada e identificar os verdadeiros responsáveis por ilicitudes no meio empresarial, ainda que a efetividade de tais diretrizes se sujeitem, em última análise, à livre avaliação judicial diante das circunstâncias de cada caso concreto.

---

[478] À título de ilustração dessa tendência, cite-se que, baseada na normativa ISO 37001:2016 (*Anti-bribery management systems*), bem como na Convenção da ONU contra a Corrupção, de 2003, e nos ditames da Lei n. 12.846/2013, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) publicou um conjunto de diretrizes específicas para certificação de sistemas de gestão corporativa anticorrupção (ABNT NBR ISO 37001:2017).

[479] A referida norma foi inspirada em pesquisa feita pela *Australian Standards*, organização não governamental e sem fins lucrativos, fundada em 1922, que, desde 2005, dedica-se à padronização de princípios orientadores para organização, desenvolvimento, implementação e aperfeiçoamento de programas de *compliance* efetivos. Informações disponíveis em: <http://www.standards.org.au/OurOrganisation/News/Pages/Standards-Australia-plays-key-role-in-development-of-world%27s-first-compliance-management-standard.aspx>. Acesso em: 04jun.2015.

4.4.4.5.2 Canais de denúncia anônima: *whistleblowing*

O termo *whistleblower* advém do idioma inglês e pode ser traduzido para o vernáculo português para designar a figura daquele que toca o sino. A expressão é utilizada também no universo corporativo para referência ao indivíduo que denuncia o cometimento de um ato ilícito, em analogia com o antigo hábito de policiais ingleses, que faziam soar um pequeno sino para advertir ao público sobre a presença nas ruas ou fuga de um possível delinquente.[480]

Na Roma Antiga, havia registros de pessoas que se dedicavam à tarefa de proporcionar informações ao fisco, facilitando-lhe a cobrança de tributos junto a sonegadores em troca de compensações financeiras.[481] Após a Guerra da Secessão (1861-1865) nos EUA, a denominação passou a recair sobre indivíduos que detinham atribuições de segurança pública (vide, *v.g.*, a atuação dos *sheriffs*) em regiões desprovidas de representação do Poder Público.[482]

No entanto, a pioneira consagração normativa da figura do *whistleblower* remonta ao *False Claims Act*, lei norte-americana que, em 1865, estabeleceu o pagamento de recompensa[483] para denunciantes a ser fixada entre 15 e 25% dos valores recuperados de fornecedores desonestos, que ofertavam cavalos enfermos, alimentos estragados e armamento defeituoso ao Exército.

---

[480] RAGUÉS Y VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing.* Una aproximación desde el Derecho Penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 19.

[481] É importante frisar que sua função englobava a comprovação dos fatos delatados, sob pena de serem castigados como caluniadores e não receberem o *praemia delatorum*. Cf. GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 208. Há quem aponte que o instituto seria baseado no costume medieval derivado da expressão latina *qui tam*, o qual expressaria que se a revelação resultasse em recuperação de dinheiro para o rei, o sujeito deveria obter uma parcela do valor recuperado. Assim ocorrendo, os cidadãos se sentiriam encorajados a ajudar o governo e seriam recompensados por isso em nome da autoridade real. Cf. KOHN, Stephen Martin. *The whistleblower´s handboo*k: a step-by-step guide to doing what´s right and protecting yourself. Guilford/Connecticut: Lyons, 2011, p. 5.

[482] Ibid., p. 209.

[483] Tais recompensas integram os chamados *bounty programs* (programas de recompensa*),* previstos, atualmente, em diversos diplomas legais dos EUA, entre eles o *Dodd-Frank Act*, de 2010, e a *Sarbanes Oxley Act*, de 2002. ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance*... op. cit., p. 92.

O instituto reapareceu, na década de 1960, por meio de leis protetoras de direitos civis[484], que funcionaram como ferramenta de resistência frente aos abusos do poder econômico por parte de grandes empresas, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial.

Nas últimas décadas, a previsão de um canal para denúncias anônimas (chamados de *hotlines* ou líneas éticas)[485] passa a ser reconhecida como um instrumento a serviço da boa governança corporativa, sendo inserida, a partir de 2009, no texto do *US Federal Sentencing Guidelines Act*, com os fins de preservação do sigilo da fonte e de garantia do denunciante em face de eventuais retaliações.

A partir dos anos 2000, diversos países adotaram leis internas disciplinando e protegendo a figura do denunciante anônimo (ex.: África do Sul, em 2000; Japão, em 2004; Noruega, em 2005 e Índia, em 2011). A proteção e incentivo ao instituto expandiu-se também no âmbito internacional, alcançando previsão no artigo 33 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, celebrada na cidade mexicana de Mérida, em 2003.

Na linguagem atual, com marcada distinção em relação às figuras do *compliance officer*[486] e do *ombudsman*[487], o termo *whistleblower* ou *chivato*[488] alude

---

[484] Como exemplos de leis norte-americanas fomentadoras da atuação de denunciantes, podem ser citados: *"Safe Drinking Water Act,* de 1974; *Energy Reorganization Act*, de 1974; *Resource Conservation and Recovery Act*, de 1976; *Toxic Substances Control Act*, de 1976, *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, de 1980; *Surface Transportation Assistance Act*, de 1982; *Whistleblower Protection Act*, de 1989; *Clean Air Act*, de 1990; *Pipeline Safety Improvement Act*, de 2002; *Public Company Accounting Act*, de 2002; *Investor Protection Act*, de 2002; *Military Whistleblower Protection Act*, de 2007; *American Recovery anda Reinvestment Act*, de 2009, entre muitos outros. Também merece registro o *Civil Service Act*, em 1978, que, após o caso Watergate, disciplinou a proteção a funcionários que denunciassem comportamentos ilícitos no seio da Administração Pública.

[485] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimentos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 161.

[486] A expressão designa o profissional que exerce a função de supervisionar o funcionamento de todas as medidas que integram o programa de cumprimento normativo, entre estas, o canal de denúncias anônimas.

[487] A palavra *ombudsman* surgiu na Suécia, ainda no século XIX, sendo aplicada no Brasil a partir da década de 1980 do século passado para designar o profissional ou órgão interno da empresa que teria a função de receber reclamações, denúncias, críticas e sugestões. Cf. COIMBRA, Marcelo de Aguiar Coimbra; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

aos membros ou ex-membros de uma determinada entidade pública ou privada que decidem denunciar práticas ilegais ou antiéticas levadas a cabo pela própria organização ou por sujeitos que a integram, levando tais fatos ao conhecimento de superiores hierárquicos ou autoridades estatais investigadoras. Nesse prisma, o *whistleblower* exerce um papel mais específico que o de um mero denunciante, uma vez que o primeiro toma conhecimento dos fatos delatados a partir de sua atuação na estrutura interna de determinada pessoa jurídica .

Cabe relembrar que os mais graves eventos criminosos inerentes à delinquência do colarinho branco somente foram desvelados a partir de denúncias anônimas. Em 2002, a revista *Time* premiou as duas *whistleblowers* mais famosas de que se tem notícia como personalidades do ano: Cynthia Cooper e Sherron Watkins, respectivamente, ex-funcionárias da WorldCom e da Enron.[489]

O *lobby* para garantir proteção a denunciantes levou à criação, em 1988, do *National Whistleblower Center*[490], sediado em Washington, que tem por objetivo prestar assistência jurídica aos denunciantes para preservá-los de possíveis represálias.

Outra entidade que promove estudos sobre essa questão é o *Ethics and Compliance Initiative*, entidade não governamental que realizou uma pesquisa entre grandes corporações a ela associadas (somente aquelas que possuíam mais de 90 mil empregados) e concluiu que, entre as que adotavam um programa de cumprimento normativo eficaz, apenas 33% dos trabalhadores disseram ter observado condutas irregulares, 87% destes sentiram-se seguros para denunciar eventuais ilícitos ao canal de denúncias anônimas e apenas 4% observaram algum tipo de retaliação a denunciantes.

Já nas corporações que não contavam com um programa de *compliance* estabelecido, 62% dos empregados disseram já ter observado condutas irregulares,

---

[488] MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa:* ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Barcelona: outubro, 2006, p. 07. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>. Acesso em: 15set.2016.

[489] MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U. S. Corporate Scandals*… op. cit., p. 344.

[490] Informações disponíveis em: <http://www.whistleblowers.org/>. Acesso em: 05jan.2015.

mas apenas 32% destes se sentiram confortáveis para denunciar e 59% observaram retaliações em face dos empregados que denunciaram irregularidades.[491]

Nos EUA, estudos apontam que denúncias permitiram descobrir 54 de 100 atos fraudulentos detectados em empresas cotizadas enquanto auditorias revelaram somente 4 de 100 atos ilícitos. No mesmo sentido, aponta-se que apenas 21% dos trabalhadores entrevistados estão dispostos a denunciar.[492] Na Alemanha, o percentual de delitos descobertos a partir de *whistleblowers* chega a 47%, enquanto investigações públicas por meios tradicionais revelam apenas 5% dos crimes praticados por meio de empresas. A partir desse quadro, infere-se a necessidade de que as políticas de gestão focalizem não somente o potencial delinquente, mas também que as denúncias sobre ilícitos já concretizados.[493]

Com o fim de aplacar alguns problemas relativos ao possível compromentimento da eficácia dos canais de denúncias, as proposições são no sentido de que:

(1) sejam plúrimas as vias ofertadas e dotadas de acesso livre e gratuito a agentes internos e externos (por exemplo, por meio de chamadas telefônicas gratuitas, chamadas de *toll-free-number*, *e-mail*, carta comum etc.);

(2) sejam os canais de denúncia supervisionados pelo agente estatal regulador ou por empresas terceirizadas contratadas especificamente para tal fim;[494]

(3) sejam apuradas a informações e prestadas contas sobre o resultado da respectiva investigação.[495]

---

[491] Informações disponíveis em: <http://www.ethics.org/>. Acesso em: 07jan.2017.

[492] RAGUÉS Y VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing*... op. cit., p. 36.

[493] Ibid., p. 37.

[494] Na prática, as grandes corporações têm mesmo optado por terceirizar os sistemas de recepção e gestão de denúncias, contratando empresas especializadas que surgiram no mercado recentemente, tais como Business Keeper AG, na Alemanha, bem como The Network e Navex Global, nos EUA.

[495] Destarte, procura-se evitar um possível efeito perverso da política de cumprimento normativo chamado de *reverse whistleblowing*, ou seja, a possível imputação de ilicitude a funcionário subordinado para elidir a responsabilização de diretores ou empregados hierarquicamente superiores. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas...* op. cit., p. 74.

O debate em torno do *whistleblowing* guarda estreita relação com a investigação do crime de lavagem de ativos. Tanto é assim que, em reunião plenária, realizada entre 23 e 26 de novembro de 2015, na cidade de Fortaleza, a ENCCLA estabeleceu, como meta, a elaboração de *"*diagnóstico e aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*", bem como "a criação de mecanismos que incentivem a adoção de programas de integridade em contratações públicas". [496]

Ante a coesão com as ideias expostas acerca da trajetória dos correlatos institutos da governança corporativa e do cumprimento normativo, invoca-se a certeira preleção de John Elkington[497]:

> A transição para o capitalismo sustentável será uma das mais complexas revoluções que a nossa espécie já vivenciou. Estamos embarcando em uma revolução cultural global, que tem como epicentro a sustentabilidade. Ela tem a ver com valores, mercados, transparência, ciclos de vida de tecnologias e produtos e tensões entre o longo e o curto prazo. E as empresas, mais que governos ou outras organizações, estarão no comando destas revoluções. Um comando que se exercerá pelos princípios da governança corporativa.

Na esteira desse pensamento, a elaboração de um programa de cumprimento normativo deve orientar-se sob tripla perspectiva (*Tripartism)*[498] no sentido de viabilizar que o processo de confecção das normas autorregulatórias conte com a participação da direção da empresa, dos empregados e dos grupos sociais afetados pela atividade da corporação.

A vinculação do Poder Judiciário às normas de autorregulação, sobretudo na porção genuinamente privada do programa de cumprimento normativo, dependerá naturalmente de seu grau de legitimidade, de modo a se evitar "a admissão do lobo como pastor do rebanho".[499] Nesse aspecto, configuraria inaceitável ingenuidade

---

[496] Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/noticias/mais-de-60-orgaos-se-unem-para-definir-acoes-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 13.04.2016.

[497] John Elkington*, Cannibals with forks,* citado, em trecho traduzido para o idioma português, por: ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa...* op. cit., p. 25.

[498] NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa...* op. cit., p. 140.

[499] NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamento y estructura de los programs de cumplimiento normativo...* op. cit., p. 115. A hipótese citada pode ser evitada ou ter sua ocorrência minimizada, por exemplo, por meio da participação efetiva de *stakeholders* na formulação do programa de cumprimento normativo, pela submissão prévia e periódica do mesmo à fiscalização da agência reguladora ou, ainda, pela certificação da efetividade do programa por entidades credenciadas.

acreditar que somente a atuação reguladora de agentes econômicos seria, isoladamente, capaz de aplacar a atratatividade de práticas delitivas (dentre elas, a lavagem de ativos), em especial num mercado tão competitivo como o setor financeiro. Sobre esse assunto, não há como discordar das palavras de Eduardo A. Fabián Caparrós[500]:

> [...] quien aspire a solucionar toda esta fenomenología tan solo mediante la aplicación de códigos éticos demuestra una considerable dosis de ingenuidad, si no de insensatez. Y no lo decimos sólo porque tales normas carezcan del suficiente grado de efectividad, sino porque ni siquiera la máxima astucia, perspicacia u honestidad profesional puede que basten para hacer emerger las operaciones más lesivas de lavado de capitales. Creemos que éste es un lujo que el mercado no se puede permitir.

Crê-se, portanto, na autorregulação regulada como ponto de equilíbrio entre a imprescindível intervenção regulatória do Estado no sistema financeiro e a preservação da margem de liberdade das entidades privadas na busca de um controle razoável da criminalidade econômico-empresarial. À vista do exposto, para que um programa de cumprimento normativo-penal (*criminal compliance program*) seja considerado eficaz no sentido de legitimar sua influência sobre questões penais, os requisitos mínimos propostos são os seguintes[501]:

---

[500] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido...* op. cit., p. 49/50.

[501] A título de ilustração sobre o tema, cite-se o Decreto Legislativo n. 231/2001, que instituiu, na Itália, um modelo de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas por comportamentos ilícitos. Em seu artigo 6º, o referido diploma define os itens essenciais de um programa de *compliance* eficaz: "Art. 6º. Sujeitos em posição apical e modelos de organização do ente.1.Se o crime foi cometido pelas pessoas indicadas no art. 5º, parágrafo 1º, letra a), o ente não responde se prova que: a) o órgão dirigente adotou e eficazmente fez atuar, antes do cometimento do fato, modelos de organização e de gestão idôneos para prevenir crimes da espécie daquele ocorrido; b) a tarefa de vigiar o funcionamento e a observância dos modelos, de cuidar da sua atualização, foi confiada a um organismo do ente dotado de poderes autônomos de inciativa e de controle; c) as pessoas cometeram o crime iludindo fraudulentamente os modelos de organização e de gestão; d) não ocorreu omissão ou insuficiente vigilância de parte do organismo referido na letra b; 2. Em relação à extensão dos poderes delegados e ao risco de cometimento de crimes, os modelos referidos na letra a, do parágrafo 1º, devem responder às seguintes exigências:a) individualizar as atividades em cujo âmbito possam ser cometidos crimes; b) prever protocolos específicos dirigdos a programar a formação e atuação das decisões do ente em relação aos crimes a prevenir; c) individualizar modalidades de gestão de recursos financeiros idôneos para impedir a comissão de crimes; d) prever obrigações de informação por parte do organismo designado para vigiar o funcionamento e observância dos modelos; e) introduzir um sistema disciplinar idôneo para sancionar o desrespeito às medidas indicadas no modelo. 3. Os modelos de organização e de gestão podem ser adotados, garantindo as exigências referidas no parágrafo 2º, com base em códigos de comportamento redigidos pelas associações representativas do ente, comunicadas ao Ministério da Justiça que, em concordância com os Ministros competentes, pode formular, em trinta dias, observações acerca da idoneidade dos modelos para prevenir os crimes. 4. Nos entes de pequenas dimensões as tarefas

(1) Adoção pública[502] de um código escrito de conduta e ética, que contenha normas claras sobre controles internos voltados à investigação, prevenção e repressão de condutas criminais potencialmente vinculadas às respectivas atividades empresariais da pessoa jurídica, sendo expressamente definida a distribuição individual de competências e responsabilidades no tocante à fiscalização da legalidade;[503]

(2) Designação de profissional (oficial ou diretor de cumprimento normativo, *compliance officer* ou *chief compliance officer*) ou órgão (comitê de cumprimento normativo ou *compliance commitee*) responsável pela supervisão do funcionamento do programa de cumprimento normativo, sendo este dotado de acesso direto ao órgão de comando da instituição;[504]

(3) Comprometimento da alta direção da empresa quanto à supervisão da execução do programa de cumprimento normativo;

---

indicadas na letra b), do parágrafo 1º, podem ser desenvolvidas diretamente pelo órgão dirigente." Segundo a tradução disponível em: GUARANI, Fábio André. O princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando... op. cit., p. 86.

[502] É recomendável a entrega de uma cópia do código de conduta ao ente regulador e, no contexto da *web society* contemporânea, a disponibilização da integralidade do texto do referido documento no sítio eletrônico da entidade na rede mundial de computadores.

[503] A experiência americana sobre os elementos mínimos que devem constar de uma investigação interna privadamente estruturada remete ao memorando emitido pelo Departamento de Justiça dos EUA a todos os procuradores federais. Esse documento intitulado *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, vulgarmente conhecido em sua versão original como *Holder Memo*, condicionou o reconhecimento da cooperação com às investigações à voluntariedade, tempestividade, relevância e completude dos elementos prova cedidos pela empresa e, na mais recente versão (*Yates Memo*), bem como à identificação dos indivíduos responsáveis pelos ilícitos. O conteúdo integral dos referidos memorandos encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 20jan.2017. Sobre o tema: FELDENS, Luciano; DIETTRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 51/52.

[504] Por exemplo, o sistema de controle interno preventivo estabelecido pela IBM é baseado nos lemas "*we don´t want surprises"* (nós não queremos surpresas) e *"in doubt, report"* (na dúvida, não deixe de comunicar), consistindo no envio anual de relatório de alerta dos controladores locais para seus superiores de modo a adverti-los sobre eventuais ou supostos problemas emergentes. Desse modo, a empresa procura, a um só tempo, garantir que más notícias cheguem, o mais rápido possível e sem desvios, ao topo da administração (*free route to the top*). Cf. BRAITHWAITE, John; FISSE, Brent. Self-regulation and the control of corporate crime… op. cit., p. 233/234.

(4) Adoção da política de diligência devida (*due diligence*) de modo a evitar ou cessar relações negociais ou contratuais com quaisquer agentes que, segundo se sabe ou se deveria saber, tenham histórico de práticas ilegais ou não compartilhem da cultura de respeito à legalidade e à ética nos negócios;

(5) Treinamento permanente dirigido aos membros de todos os níveis hierárquicos da corporação[505] quanto às expectativas de comportamento em situações de risco de afronta à normativa vigente, bem como a realização de testes de aprendizado e integridade;[506]

(6) Estabelecimento de sistemas de auditoria periódica com o fim de detecção de eventuais defeitos ou infrações ao programa, em especial, mediante contratação de monitores independentes especializados;

(7) Criação e manutenção de canais de denúncia de irregularidades dotado de múltiplas vias que garantam o acesso eficiente[507], gratuito, livre, sigiloso e imune a retaliações contra o denunciante;

---

[505] Em 02.04.2017, noticiou-se que, após a revelação de envolvimento da alta direção em esquema criminoso de corrupção e lavagem de ativos, o grupo empresarial Odebrecht quintuplicou o investimento em treinamento de seus cerca de 80 mil funcionários sobre o novo código de conduta então adotado, saltando de R$ 11,4 milhões, em 2015, para R$ 64 milhões, em 2017. O número de funcionários do departamento de *compliance* também foi ampliado, passando de 30 para 62. O referido treinamento é disponibilizado por meios eletrônicos, filmes, palestras e conteúdos customizados para quem lida com agentes públicos e financeiros, tendo em vista serem essas relações mais sensíveis e arriscadas sob a ótica criminal. Cf. Jornal Folha de São Paulo, 02.04.2017, p. A7. Noutro giro, a doutrina chama a atenção para a necessidade de que, quanto maior o número de membros novatos no exercício de funções arriscadas sob a ótica legal, maiores devem ser os cuidados e a certificação da eficácia do treinamento empreendido pela corporação. Nesse aspecto, Braithwaite e Fisse preconizam que a habilitação de funcionários inexperientes deve observar a estratégia conte-mostre ("*tell-show*"), na qual o que deve e o que não deve ser feito em situações específicas do cotidiano laboral é mostrado aos colaboradores, bem como os motivos pelos quais o procedimento aprovado pela empresa é considerado o mais seguro. Cf. BRAITHWAITE, John; FISSE, Brent. Self-regulation and the control of corporate crime… op. cit., p. 239.

[506] BACIGALUPO, Enrique. Código de buen gobierno y responsabilidad penal de los administradores sociales. In: *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2011, p. 47.

[507] O jornal O Globo, de 23.08.2015 (p. 08/09) noticiou que, após a revogação de sua prisão cautelar, o empresário Ricardo Pessoa, presidente da construtura UTC e condenado no bojo da Operação Lava-Jato por corrupção e lavagem de ativos, afirmou que vem se empenhando diretamente na supervisão do novo código de conduta implantado na citada instituição, inclusive, no tocante ao canal de denúncias anônimas, cujo funcionamento ainda claudicante foi relatado na mesma reportagem.

(8) Criação e manutenção de canais permanentes de consulta e solução de dúvidas (*compliance help desk)*[508] suscitadas por membros da corporação sobre o código de conduta e ética;

(9) Discriminação dos procedimentos de investigação interna, de responsabilização disciplinar dos autores de ilícitos e de colaboração plena com investigações de autoridades estatais;

(10) Monitoramento e aperfeiçoamento permanentes no programa de cumprimento normativo, se possível, mediante a obtenção de certificação da qualidade e eficiência por agente externo;

(11) Viabilização da participação de *stakeholders* (em especial, agentes reguladores) na formulação e aperfeiçoamento do programa de *compliance*.[509]

Nesses termos, observadas tais providências, pode-se afirmar que a pessoa jurídica empresária vai da complacência ao *compliance*, ou seja, abandona a leniência com ilegalidades e passa a adotar uma postura de respeito ao ordenamento jurídico. Os desdobramentos da *compliance culture* especificamente ligados às instituições financeiras serão abordados a seguir.

---

[508] Após a descoberta de casos de corrupção e pagamentos de propina por décadas a fio, a Siemens, empresa do ramo de tecnologia, foi condenada, em 2007, a pagar multa no valor de 420 milhões de euros. A partir de então, a entidade reformulou seu programa de *compliance*, acolhendo, como uma das medidas inovadoras, a criação de um setor denominado *Compliance Help Desk*, que figura como uma espécie de *callcenter* que presta, simultaneamente, o serviço de registro de denúncias de irregularidades (*Tell Us*) e o atendimento de consultas de funcionários sobre questões ligadas à ética e legalidade nas relações com parceiros comerciais (*Ask Us*). Cf. KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal.* In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 61.

[509] Registre-se que, desde os anos 70, o conceito de *stakeholders democracy* vem sendo desenvolvido, não no sentido de significar a ingerência de agentes externos nas decisões da empresa, mas sim para garantir participação de agentes afetados nas fases de elaboração e execução dos programas de cumprimento normativo. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamento y estructura de los programs de cumplimiento normativo*... op. cit., p.125.

5 AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS

> Can you imagine some guy walking into the bank with a wheelbarrow loaded with cash? Do you think that just might be a tad suspicious? I certainly would attract a lot of attention from a financial institution. This is where the money lauderer needs a good cover story – one that makes it seem all that cash appears to have come from a legitimate source.[510]
>
> *Kevin Sullivan*

Em seu relato sobre as primitivas formas de ocultação patrimonial empregadas pela criminalidade entre o final dos anos 1970 e o início dos anos 1980, Juan Pablo Escobar[511] teceu a seguinte descrição:

> Naquela época, os controles de movimentações financeiras internacionais eram quase inexistentes e, por intermédio de laranjas que abriram contas bancárias, meu pai recebeu centenas de milhões de dólares por canais oficiais. Basta lembrar daquelas imagens do célebre filme Scarface em que os mafiosos entravam nos bancos para depositar seu dinheiro com bolsas cheias de dólares, sob o olhar complacente dos gerentes [...] Muitas vezes, as mesmas aeronaves que levavam a cocaína voltavam com enormes sacolas cheias de dólares, mas quando isso não era possível meu pai tinha de optar por outras soluções: importar máquinas de lavar roupa, das quais retiravam as peças grandes, deixando apenas a casca, e as enchendo com maços de dólares; também escondiam dinheiro em maquinário industrial, carros novos trazidos por reconhecidas importadoras, motos, televisões, equipamentos de som e outros eletrodomésticos.

Algumas décadas se passaram desde os tempos em que a dissimulação de dinheiro sujo sustentava o domínio exercido pelo narcotráfico sobre pessoas e sobre o Estado, mas a importância da lavagem de ativos e sua vinculação com os mais ruinosos ramos da delinquência organizada remanescem claras e evidentes.

---

[510] Em tradução livre: “Você pode imaginar alguém entrando num banco com um carrinho-de-mão cheia de dinheiro? Você pensa que isto poderia ser suspeito? Eu certamente chamaria muita atenção da instituição financeira. Este é o ponto onde o lavador de dinheiro precisa de uma boa história de cobertura – uma que faça parecer que todo aquele dinheiro veio de fonte legítima.” Cf. SULLIVAN, Kevin. *Anti-Money Laundering in a nutshell*: awareness and compliance for financial personnel and business managers. New York: Apress, 2015, p. 07.

[511] PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar: meu pai...* op. cit., p. 200/201.

Quanto à atualidade dessa circunstância na realidade brasileira, vale enfatizar que um dos próximos passos da assim chamada Operação Lava-Jato se dará exatamente no sentido da análise do especial papel exercido por instituições financeiras na circulação da riqueza oriunda de ilicitudes. Frise-se, nesse aspecto, o dizer de um dos integrantes da Força-Tarefa do Ministério Público Federal que conduz a aludida investigação, o Procurador Regional da República, Orlando Martello[512]:

> Queremos avançar também na área de *compliance*. Nós percebemos que há muitas falhas nos bancos. Muitos crimes poderiam ter sido evitados se os bancos tivessem agido corretamente, feito o trabalho corretamente. E a gente percebeu isto tanto no Brasil, quanto no exterior [...] Nós temos aqui uma demanda reprimida, que está aguardando justamente aprofundar nessa questão da falha do *compliance* dos bancos.

Em que pese a ausência de exigência legal nesse aspecto, a realidade prática denota que quase ninguém pratica lavagem sozinho, independentemente de serem os bens maculados pertinentes a crimes cometidos pelo próprio lavador (autolavagem) ou por terceiros. Como já manifestado anteriormente, é crescente a tendência de terceirização, profissionalização e especialização da ocultação patrimonial, o que, usualmente, ocorre por meio da contratação dos serviços de profissionais liberais e, em especial, de instituições financeiras.

Noutro giro, a velha imagem do traficante de drogas carregando uma mala abarrotada de cédulas já não é comum, o que se dá, muito provavelmente, porque tal proceder rudimentar é contraproducente, além de não ser mais necessário ante a disponibilidade de meios tecnológicos que cumprem o mesmo objetivo, sem a indesejável atração da atenção alheia.

Sobre o tema, destaca-se a impressão da doutrina estrangeira[513]:

> Desde el momento en que las sumas objeto de blanqueo alcanzan una determinada dimensión, las técnicas de blanqueo deben cambiar. Ya no se trata de operaciones de carácter artesanal, sino de operaciones masivas que requieren una organización profesional, una estructura, una red de asesores, de colaboradores y cómplices en los más variados estamentos, un entramado internacional de empresas y entidades en diversos países, incluso

---

[512] Conforme entrevista e matéria publicadas em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/29/lava-jato-encerra-seu-ano-mais-produtivo-mirando-bancos-para-evitar-crimes.htm>. Acesso em: 20.05.2017.

[513] ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales.* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 22.

> entidades financieras proprias que operen bajo la apariencia de legalidad (o al menos, entidades financieras cómplices)... en fin, toda una organización compleja, amplia, sofisticada y costosa, que permita realizar esta actividad a gran escala.

Atualmente, os serviços de *homebanking* diponibilizam aos consumidores uma vasta gama de transações financeiras virtuais, imateriais, algo que, até pouco tempo, era reservado a um pequeno círculo de grandes investidores. Raras são as hipóteses em que a presença física do dinheiro e do cliente são necessárias para a concretização de negociações bancárias.[514]

Fato é que cerca de três décadas se passaram desde a época referida na narrativa inicialmente exposta, mas o uso do sistema financeiro, hoje globalizado e interligado mundialmente, para o escamoteamento do patrimônio oriundo de infrações penais ainda constitui uma realidade frequente e, pode-se dizer, bem mais intensa.[515] A extrema relavância que o sistema financeiro tem para a subsistência e o desenvolvimento das múltiplas formas de macrocriminalidade organizada faz com que os profissionais e entidades atuantes nesse campo estejam permanentemente suscetíveis à possibilidade de que seus serviços sejam utilizados para a lavagem de ativos.

"Tenha seu próprio banco – é o mesmo que ter uma licença para imprimir papel-moeda*".* Segundo Lilley [516], esse era o teor do anúncio publicitário promovido por um prestador de serviços *offshore*, o que ostenta a mais nova moda entre os agentes lavadores de ativos, ou seja, ter um banco para chamar de seu, autêntica concretização do sonho do banco próprio para realizar operações ilegais com maior tranquilidade, sigilo e agilidade. Por meio da referida propaganda, o mencionado prestador de serviços comunica que é viável comprar ou fundar um banco pela internet usando apenas um cartão de crédito – possivelmente, em nome de *trusts* ou

---

[514] CAPPELLARI, Álisson dos Santos. *Controle penal das movimentações financeiras*: o dever de informar versus direito à privacidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 87.

[515] Tal constatação não escapou da verve poética de Eduardo Galeano: "O segredo bancário já não é o que era, debilitado como está pelos escândalos e pelas investigações judiciais, mas, mal ou bem, continua ativo este motor da prosperidade nacional. O dinheiro continua tendo o direito de usar disfarce e máscara, um carnaval que dura o ano inteiro, e os plebiscitos revelam que, para a maioria da população, isso não parece nada mau [...] Por mais sujo que venha o dinheiro, por mais complicada que seja a enxaguadura, a lavanderia não deixa nem uma manchinha." GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sérgio Franco. 7. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 142.

[516] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais... op. cit., p.25.

empresas que garantam o anonimato dos reais titulares – gastando apenas 25 mil dólares.

Essa informação vem ao encontro da notícia publicada no jornal O Globo[517], em 22.02.2016, segundo a qual o grupo Odebrecht, cujos dirigentes são investigados por suposto envolvimento em esquema de corrupção e lavagem de ativos, teria comprado, no ano de 2010, o controle acionário do Meinl Bank Antígua com o fim de instrumentalizar pagamentos determinados pelo Departamento de Operações Estruturadas, órgão criado na estrutura interna da referida organização corporativa exclusivamente para distribuir propinas. Nesse contexto, o banco mencionado teria movimentado, desde sua aquisição, cerca de 1,6 bilhão de dólares espalhados por mais de quarenta contas mantidas em paraísos fiscais.

Verifica-se, por meio desse e de outros tantos casos conhecidos, que, ao longo da ainda curta trajetória de punibilidade da lavagem de ativos, a cumplicidade de bancos e instituições financeiras em geral[518] tem sido um elemento fundamental para o sucesso de operações ilegais. Trata-se de um problema de difícil solução tanto em termos de efetividade das técnicas de persecução penal, quanto no tocante a questões políticas. A relevância do sistema bancário para a lavagem de ativos se ampara em sua sofisticada capacidade de encobrimento de detalhes essenciais da conduta criminosa e na ajuda de membros de entidades financeiras quanto ao desenho e execução de transações que burlam a normativa vigente, em especial, mediante envolvimento de países assim chamados paraísos fiscais.

Os esforços normativos dos Estados e mesmo os de cunho autorregulatório ainda não se mostram suficientemente efetivos e coordenados a ponto de estimular, no universo dos negócios, o estabelecimento de controles realmente eficazes em

---

[517] Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/odebrecht-comprou-banco-para-distribuir-propinas-19543844>. Acesso em: 22.02.2016.

[518] Isto sem contar os sistemas bancários clandestinos (*shadow banking systems*) ligados a grupos que possuem laços étnicos entre si e que se caracterizam por serem baseados na confiança ao facilitarem transferências internacionais de dinheiro à margem do sistema bancário regular e, portanto, do controle das autoridades financeiras. Os exemplos conhecidos desses sistemas extra-oficiais, tais como *chop*, *hundi*, *hawalla*, entre outros, adotam métodos similares que são assim descritos pela doutrina: "El blanqueador entrega el dinero al banquero clandestino de quien obtiene un recibo especial (un billete roto o cualquier otra cosa). El banquero clandestino comunica a su socio en el país destinatário que ha recibido el dinero. El blaqueador presenta el recibo en el país extranjero y recibe el dinero acordado en moneda local, con el descuento de la comisión correspondiente." BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 81.

face da criminalidade veiculada por meio da prestação de serviços financeiros. Nessa direção, manifesta-se a doutrina estrangeira[519]:

> Trata-se de uma questão ética porque, no centro do problema, encontra-se a disposição do ambiente de negócios internacional para ser "inocente" ou parceiro voluntário do processo de lavagem de dinheiro. Se aquilo que nós (a comunidade de negócios internacional) estivermos afirmando é que não temos nenhum postulado moral quanto à forma como o dinheiro é gerado, nesse caso, e enquanto for assim, a comunidade de negócios (ou seus componentes relevantes) deverá agir por si mesma e dar um fim a essa charada de praticar "da boca pra fora" os regulamentos contra a lavagem de dinheiro. Essa visão talvez seja exagerada, mas, segundo minha experiência, existem determinadas empresas multinacionais e grandes setores de negócios que não ligam a mínima para a origem do seu giro de dinheiro e seus lucros. Felizmente existem muitas outras empresas, proprietários e gerentes que conhecem a extensão do problema da lavagem de dinheiro e fazem tudo quanto podem para não se envolver nela [...] Para cada dólar, libra, iene, franco ou outra moeda lavada existiu, em algum ponto do caminho até o banco, o sofrimento humano causado pelas drogas, armas, prostituição, terrorismo, tráfico humano, chantagem, extorsão, violência física e fraudes financeiras... a relação seria interminável.

Poder-se-ia questionar o que leva empresas multibilionárias, assim como executivos altamente instruídos e financeiramente bem sucedidos a arriscarem suas reputações, patrimônios e liberdades para esconder bens de delinquentes ou, como reza o jargão popular, para fazer vista grossa e ouvidos de mercador para tal prática.

A resposta passa, inevitavelmente, pela crença ferrenha na impunidade que tradicionalmente acompanha a criminalidade econômico-empresarial, pela extrema competitividade que é típica do setor financeiro e pela alta lucratividade ofertada por quem não está tão preocupado com custos ou rentabilidade das aplicações econômicas, mas sim em esconder tranquilamente um patrimônio que, em verdade, não lhe pertence de direito. Há, portanto, razões claras pelas quais delinquentes e organizações criminosas são cortejados por bancos e a principal delas é o fato de que, no universo criminoso, não há objeção quanto ao pagamento de taxas mais altas ou recebimento de lucros menores, desde que haja garantias de liquidez e do segredo.[520] Tais fatores fazem com que o patamar patrimonial alcançado pelas

---

[519] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais...op. cit., p. 189/190.

[520] ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Criminal Law Review*. V. 5. N. 1. University of California Press: april/2001, p. 311. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nlcr.2001.5.1.279>. Acesso em: 29dez.2016.

instituições financeiras e seus executivos, por mais elevado que seja, nunca pareça suficiente.[521]

Aponta-se que, em meados da década de 1980, a comissão usualmente paga por criminosos a profissionais e empresas dedicadas à dissimulação patrimonial era, em média, de seis por cento ao passo que, atualmente, essa porção é estimada em até vinte por cento do montante a ser lavado.[522] Obviamente, tamanha lucratividade estimula a criatividade e a ousadia para montagem de esquemas transacionais com fins criminosos, bem como reforça o desinteresse em maiores elucubrações por parte de agentes financeiros acerca da origem patrimonial e da autenticidade da identificação de seus “melhores” clientes.

Em suma, sob a ótica lucrativa, a lavagem de ativos é um excelente filão de rentabilidade para um número crescente de especialistas que se dedicam a tal atividade, envolvendo-se, nesse conjunção, toda uma gama de categorias profissionais (ex.: banqueiros, advogados, contadores, administradores de empresas, orientadores fiscais etc.) que encontram, na indústria da lavagem, remuneração inigualável e pouquíssimos riscos, ao menos até o momento.

5.1 As instituições financeiras e o sistema financeiro nacional: conceitos

Metaforicamente, a doutrina apresenta a moeda e o crédito como partes do sangue da economia de um país. Nessa perspectiva, o sistema financeiro equivale ao aparelho circulatório e as instituições financeiras representam as artérias que viabilizam o funcionamento de todo o corpo econômico nacional.[523]

---

[521] Segundo a doutrina, a resposta envolve também a superestimação do próprio prestígio mercantil e social como suporte da fundada expectativa de impunidade, haja vista que a experiência pragmática denota que imensos escândalos internacionais de lavagem de ativos têm como protagonistas os maiores e mais renomados bancos. Cf. GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero...* op. cit., p. 67.

[522] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais... op. cit., p. 46.

[523] GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. *Os crimes econômicos e sua regulamentação pelo sistema financeiro nacional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10.

Apenas para fins de esclarecimento metodológico e sem entrar no mérito da adequação conceitual, o presente estudo científico se vale da definição de instituição financeira estabelecida pela Lei n. 7.492/1986:

> Artigo 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Paralela a essa noção, o conceito de sistema financeiro nacional abrange o conjunto de instituições ligadas ao mercado financeiro, que é dividido em quatro segmentos: mercado de crédito, mercado cambial, mercado monetário e mercado de capitais. As instituições do sistema financeiro são divididas entre o setor operativo (abrangendo instituições tipicamente bancárias ou não) e o setor supervisor (abrangendo o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários).

5.2 Os deveres de colaboração antilavagem: fundamentação e legitimidade

A Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98 (itens 82, 83 e 86, da EM n. 962/MJ) aponta que a imposição de deveres de colaboração antilavagem a agentes econômicos fundamenta-se em alguns aspectos importantes, conforme expresso a seguir:

> 82. A idéia de compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica utilizados para a lavagem de dinheiro encontra um fundamento teórico e outro prático.
> 83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de

> uma atividade delituosa que os atinge diretamente. De resto, tal participação fortalecerá a imagem desses setores perante a comunidade em que desenvolvam as suas atividades.
> 84. De fato, uma comunidade organizada sobre o primado do Direito não se coaduna com qualquer prática delituosa, estando implícito o dever imputado a todos de participar e de colaborar no combate a práticas por ela repudiadas e que, se não combatidas, acabarão por implodir o tecido social, pela corrosão dos alicerces da vida em coletividade.
> 85. Essa idéia de co-participação no combate às atividades ilícitas está, inclusive, consagrada no art. 144 da Constituição Federal, que deixa claro que a segurança pública é um dever do Estado, mas também é um direito e uma responsabilidade de todos. No mesmo sentido e de forma mais especifica, já no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional, o art. 192 do texto constitucional estabelece que ele deverá ser 'estruturado de forma [...] a servir aos interesses da coletividade'.
> 86. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com os seus clientes, dispõe de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas.

Acrescente-se a tais fundamentos, os princípios da função social da propriedade (artigo 170, III da CR/88) e da função social da empresa (artigos 421[524] e 1.228, § 1º, ambos do CC[525]; artigos 116, p. único[526] e 154[527], ambos da Lei n. 6.404/1976 e artigo 47 da n. 11.101/2005[528]) atuam conjuntamente no sentido de determinar a conjugação equilibrada, no desempenho da atividade empresarial-corporativa, dos objetivos privados com a preservação dos valores relevantes para a vida em sociedade.

Diante da redação do artigo 192 da CF/88, também se pode afirmar o reconhecimento pelo legislador constituinte da função social do próprio sistema financeiro nacional, haja vista que o mesmo deve ser "estruturado de forma a

---

[524] Eis a redação: "Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

[525] Eis a redação: "Artigo 1.228. [...] § 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

[526] Eis a redação: "Artigo 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

[527] Eis a redação: "Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa."

[528] Eis a redação: "Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem [...].”

Nesse contexto, as possíveis arguições em torno do direito de propriedade e das liberdades econômicas como obstáculos aos deveres de colaboração antilavagem não se sustentam diante da razoável admissão de que todos têm deveres para com a comunidade. Assim sendo, os direitos de cada pessoa (física ou jurídica) encontram-se legitimamente “limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”, nos termos do disposto no artigo 32, 2 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992).

Não há como prescindir da colaboração das instituições financeiras no combate à criminalidade econômica, sendo tais entidades, portanto, peças fundamentais da política criminal de prevenção e repressão à lavagem de ativos, eis que funcionam como verdadeiro motor que impulsiona o desenvolvimento econômico nacional e mundial. Embora possam participar de todas as fases do processo de lavagem de ativos, os bancos constituem, usualmente, a porta mais acessível e atraente para introduzir dinheiro de origem criminosa na economia legítima ao mesmo tempo em que figuram como o *choke point*[529], ou seja, o ponto no qual a conversão de patrimônio maculado se mostra mais vulnerável à descoberta por parte das autoridades.

O aumento da integração dos mercados financeiros do mundo inteiro, a retirada de barreiras ao livre movimento de capitais complementada pela rapidez e eficácia das operações eletrônicas de transferência transnacional de divisas constituem, em conjunto, outros fatores que incrementam e facilitam, em grande medida, a lavagem empreendida por meio de serviços financeiros.

A não ser que se chancele uma espécie de dupla personalidade institucional, uma corporação não pode admitir ter duas linhas de pensamento: uma voltada para o respeito à legislação e outra dedicada exclusivamente para o lucro a qualquer custo. Diante de tal dilema, ainda que aflorem, ver por outra, exemplos pontuais de desvios, o fenômeno do cumprimento normativo tem se mostra uma realidade cada vez mais debatida entre as instituições bancárias do mundo moderno de modo que

[529] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales...* op. cit., p. 09.

os sistemas de *corporate compliance* tem sido concebidos e instalados, muitas das vezes, por iniciativa e interesse das próprias entidades bancárias.

Nessa perspectiva, estudos recentes revelam que 85% dos bancos europeus estabeleceram, nos últimos anos, normas internas sobre condutas adequadas ao Direito e diretrizes de *compliance*, bem como passaram a firmar o reconhecimento, recíproco e contratualmente expresso, de seus respectivos códigos de conduta.[530]

Ao menos formalmente, essa tendência também já é notada nos maiores bancos atuantes no Brasil, que disponibilizam, a partir de seus respectivos sítios eletrônicos, o acesso ao inteiro teor de seus códigos de ética, programas de *compliance* e informações sobre a estrutura de governança corporativa, inclusive nominando os responsáveis pela fiscalização e suas atribuições.[531]

Como bem explicita Stephen Platt[532], não se defende a tese de que haja uma toxicidade inata no cerne da indústria de serviços financeiros, mas, sem sombra de dúvida, esse setor precisa recalibrar seus valores e atuar de forma mais incisiva na correção de sua suscetibilidade ao favorecimento de organizações criminosas e à lavagem do produto de seus crimes.

Em meio à latente realidade decorrente da descoberta de crimes cometidos com o envolvimento de bancos, bem como a responsabilização penal das instituições, seus dirigentes e empregados, constata-se no aparecimento da *Compliance Industry*, configurada pelo conjunto de empresas e profissionais dedicados ao desenvolvimento de ferramentas e serviços voltados ao acatamento das políticas antilavagem de ativos dirigidas a instituições financeiras.

Tais instrumentos envolvem a construção de *softwares,* de custo estimado entre 50 e 100 mil euros por programa, que tem a finalidade de monitorar operações financeiras e criar advertências automáticas de violação ou vulneração dos procedimentos antilavagem, bem como promover o treinamento dos empregados e

---

[530] BACIGALUPO, Enrique. *La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance...* op. cit., p. 86.

[531] Em pesquisa realizada em 02.01.2017, constatou-se que os sítios eletrônicos das principais entidades bancárias do Brasil (Itaú Unibanco, Bradesco, Santander, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e HSBC) disponibilizam na rede mundial de computadores, em versão pdf, seus respectivos códigos de cumprimento normativo, ainda que sob distintas denominações (programa de integridade, código de conduta etc.).

[532] PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso...* op. cit., p. 15.

oficiais de cumprimento normativo que irão manejar tais mecanismos. A origem desse setor de negócios encontra seu marco inicial no surgimento do *Compliance Institute*, entidade privada fundada na Holanda, em 1999, com a pretensão de fornecer experiência técnica, treinamento e certificação para profissionais atuantes na fiscalização corporativa do cumprimento normativo.

5.3 As objeções aos deveres de colaboração antilavagem

Alguns argumentos são apresentados como possíveis objeções à imposição de obrigações para entidades e particulares quanto à colaboração no combate a determinados crimes usualmente praticados por meio de atividades econômico-empresariais, podendo-se relacionar os seguintes:

(1) é indevida a delegação a particulares do dever estatal de investigar e combater crimes;[533]

(2) há vulneração das garantias constitucionais ligadas à privacidade do cliente e dos funcionários;[534]

---

[533] BLUMEMBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implemantación de programas de cumplimiento normativo. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Orgs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 293; MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 138. Apenas mencionando, mesmo sem concordar abertamente com a tese: NIETO MARTÍN, Adan. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Org.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 209.

[534] GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais*: introdução e tipicidade... op. cit., p. 260; GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero... op. cit., p. 253; GONZÁLEZ FRANCO, J.A.; SCHEMMEL, A.; BLUMEMBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 155/163; CAPPELLARI, Álisson dos Santos. *Controle penal das movimentações financeiras*... op. cit., p. 87. Sobre o tema, vale mencionar a incisiva posição de ROXIN, que, contrariando as arguições de violação a direitos fundamentais, chega a defender suspensão do sigilo fiscal e bancário para fins de fiscalização de operações suspeitas de lavagem: "Da mesma forma, poder-se-iam enfrentar a grande criminalidade econômica e a criminalidade organizada de modo muito mais eficiente se fosse possível suspender o sigilo fiscal diante das agência financeiras e obrigar os bancos a informar regularmente à Repartição

(3) há violação à liberdade de exercício profissional;[535]

(4) tais deveres apenas serviriam para atender ao mero interesse de fomentar a lucrativa indústria da *compliance*, que envolveria a prestação de serviços auxiliares de informática e consultoria nas áreas jurídica, contábil e econômico-financeira.[536]

Tais argumentos não resistem a uma análise mais detida.

De início, não há de se falar em transferência integral do dever de investigar crimes para entes privados e, muito menos, em privatização de deveres policiais.[537] Em última análise, o monopólio-dever de investigar e exercer o *jus puniendi* continua recaindo apenas sobre o Estado, na figura dos órgãos de persecução penal. Como bem alertam Luciano Feldens e Eduardo Dalla Rosa Diettrich[538], não se trata de transferência da titularidade investigativa a entes privados, mas sim do estabelecimento de um sistema de colaboração pautado em um protocolo de interesses recíprocos.

Acrescente-se, ainda, que, dentro de parâmetros razoáveis, o auxílio na tarefa de prevenir e reprimir a criminalidade integra o dever de zelar pela segurança pública, que, nos termos preconizados pelo *caput* do artigo 144 da CF/88[539], é dever

---

de Finanças (Finanzamt) a respeito das operações financeiras ocorridas em suas contas; com o atual desenvolvimento da tecnologia de comunicações de dados, isto não representaria qualquer problema técnico. Desta maneira, poder-se-ia impedir que as eminências pardas desse tipo de crime fizessem sua lavagem de dinheiro, ou mesmo prendê-las, sem que ocorresse uma intervenção intolerável nos direitos da personalidade; pois todos são, por motivos fiscais, obrigados a revelar seu patrimônio ao Estado." ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? *Revista dos Tribunais.* V. 790. São Paulo: RT, agosto/2001, p. 463.

[535] GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero... op. cit., p. 253.

[536] Ibid., p. 253.

[537] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*... op. cit., p. 139.

[538] FELDENS, Luciano; DIETTRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 45/60.

[539] Eis o teor: “TÍTULO V - Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas [...] CAPÍTULO III - DA SEGURANÇA PÚBLICA. Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”

do Estado, mas também direito e responsabilidade de todos os integrantes do corpo social, inclusive pessoas jurídicas. Ademais, sob o aspecto pragmático, ninguém está em melhor posição para observar deveres mínimos de supervisão sobre operações financeiras e transmissão de bens do que aqueles que lidam, direta e cotidianamente, com essas atividades.

Em linhas gerais, também não se vislumbra qualquer restrição irrazoável à privacidade de clientes e funcionários das empresas. Nesse sentido, é assentado o entendimento de que não há direito fundamental absoluto ou imune a ponderações diante de outros valores de igual hierarquia constitucional. Sobre a relatividade dos direitos fundamentais e suas implicações no campo penal, assim discorre Alexandre de Moraes[540]:

> Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito [...] Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas [...] Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando um redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Pelos mesmos fundamentos, idêntica conclusão é imperativa quanto à invocação da liberdade de exercício profissional, eis que, na linha do que dispõe o artigo 5º, XIII da CF/88, o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, desde que atendidas as qualificações e condições que a lei estabelecer.

Por fim, o possível favorecimento de um setor de serviços de *compliance* configura contingência natural do mercado contemporâneo, onde a especialização é marca predominante. Não se impõe a qualquer setor a obrigatoriedade de contratação de serviços ou profissionais, sendo essa uma faculdade organizacional a ser exercida dentro dos critérios de conveniência e oportunidade de cada empresa e de cada empresário. O que não se pode admitir é que, aquele que aufere os bônus

---

[540] MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46/47.

de determinada atividade econômica – e reconheça-se: tais bônus são mais que maiúsculos no ramo financeiro – não venha a arcar com os ônus, incluindo-se nesse termo os custos da prevenção e repressão à lesão de interesses da coletividade.

O conhecimento da normativa antilavagem é um encargo que incumbe aos agentes financeiros, assim como o auxílio em sua formulação e aperfeiçoamento. A princípio, não pode o administrador de um banco justificar eventual crime de lavagem de ativos praticado com o auxílio dos serviços prestados pela instituição financeira alegando, por exemplo, o desconhecimento de deveres especificamente dirigidos a seu ramo de atuação. Ao menos quanto ao núcleo dos delitos ligados à zona de risco pertinente ao setor de mercado em que atua a corporação, as alegações de ignorância ou erro de proibição mostram-se inaceitáveis, como, aliás, explicita a moderna doutrina[541]:

> En general, lo mismo que sucedía en el ámbito de la imputación subjetiva, la existencia de un error de prohibición, así como la cuestión de sua evitabilidad, se rigen de acuerdo con los presupuestos de imputacion a un rol. Esto quiere decir: tratándose de administradores de una sociedade em sentido estricto, de consejeros, de aposentados, etc., es difícilmente imaginable la concurrencia de un error sobre la existencia de los delitos societarios, ya que a tales roles se les debe atribuir una serie de conocimientos precisamente en dichos ámbitos. [...] Así, raro será el administrador que desconozca realmente las consecuencias jurídicopenales de la infracción de los deberes propios de su cargo.

Como alvos da medidas de controle antilavagem, os bancos não são escolhidos à toa ou por capricho autoritário do legislador. Instituições financeiras são os principais transmissores de dinheiro do mundo moderno e, nessa condição, figuram como o meio mais frequentemente utilizado nos processos de lavagem de ativos. E quanto maior o número de transferências realizadas, menor é a possibilidade de reconstruir documentalmente o caminho percorrido pelos recursos aplicados. Evidentemente, a crescente internacionalização do mercado de capitais e a conectividade tecnológica das entidades financeiras possibilitam que, em fração de segundo, enormes montantes de dinheiro circulem, virtualmente, de um extremo ao outro do planeta com custos absolutamente irrelevantes.[542]

---

[541] BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; SÁNCHEZ-VERA Gómez-TRELLES, Javier. *Cuestiones prácticas em el ámbito de los delitos de empresa*. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial. Barcelona: Edicciones Experiencia, 2005, p. 47.

[542] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido*... op. cit., p. 80.

Frente às cifras envolvidas nas grandes fraudes do mercado mobiliário dos anos 1990, os casos de lavagem de ativos por meio do sistema financeiro talvez nem pareçam causar lesividade significativa. Porém, a nocividade de tal conduta se mostra também evidente pelo fato de que, por meio da ocultação de dinheiro sujo, são injetados valores consideráveis no mercado financeiro traduzidos em liquidez, um fator vital para a subsistência dos bancos e que nutre sua perniciosa dependência em relação à criminalidade organizada.

Em dezembro de 2009, o então responsável pelo Escritório sobre Drogas e Crime Organizado da ONU, Antonio Maria Costa[543], externou sua percepção de que a atração do capital de organizações criminosas foi, para muitas instituições financeiras, a única forma de salvação para evitar falência durante a crise econômica sistêmica desencadeada, em 2008, a partir do mercado hipotecário norte-americano. Não por coincidência, segundo estimativas da própria ONU[544], somente no ano de 2008, o narcotráfico movimentou, em escala mundial, cerca de oitenta bilhões de dólares num mercado que conta com um número de usuários (somente de cocaína) entre 16 e 17 milhões de pessoas.

Não é difícil perceber que, na atualidade, os bancos veem-se envolvidos não somente com seus próprios interesses lucrativos, mas também com o dinheiro de grupos delinquentes, o que é explicitado por Roberto Saviano[545]:

> [...] quem dispõe dos maiores lucros obtidos com uma mercadoria que é paga totalmente à vista, no ato da compra? Os traficantes de drogas. Não só eles, sem dúvida. Mas o dinheiro vivo das máfias pode ser crucial para que o sistema financeiro continue de pé. Este é o perigo [...] O problema que surge dessa história interminável é a falta de instrumentos e muitas vezes de interesse em chegar ao dinheiro sujo, mesmo quando a acusação recai não num reconhecido membro de uma organização criminosa, mas num expoente daquela elite e daquele aparato institucional que fazem funcionar a máquina do lucro limpo.

---

[543] Entrevista concedida, em 22.02.2009, ao jornal *El país.* Disponível em: <http://internacional.elpais.com/internacional/2009/03/08/actualidad/1236466808_850215.html.> Acesso em: 10.07.2013.

[544] Dados disponíveis em: <https://www.unodc.org/unodc/en/drug-trafficking/>. Acesso em 27dez.2016.

[545] SAVIANO, Roberto. *Zero zero zero.* Tradução de Federico Carotti et al. São Paulo: Cia das Letras, 2014, p. 271.

Os riscos de ocorrência da lavagem de ativos variam de acordo com a localização geográfica, os tipos de serviços oferecidos e o perfil de clientes das entidades bancárias, entre outros fatores. Fato é que, quanto mais vulnerável um banco esteja à lavagem de ativos, mais robusto deve ser o seu sistema de controles internos para evitar desvios ilegais.[546] Daí a necessidade de aproveitar o que se pode chamar de lado positivo da oportunidade aberta por mais um colapso econômico para redefinir o papel do sistema bancário no capitalismo[547], eis que, perante a vigente visão neoliberal que comanda a economia contemporânea, o regramento da atividade bancária tem sido largamente eliminado e pouco fiscalizado devido aos fins de alavancagem transacional no contexto da "Grande Desregulamentação".[548]

A seguir, serão descritos alguns dos mais críticos episódios nos quais a ausência de controles (internos e externos) e a inobservância aos deveres normativos de colaboração propiciaram a prática disseminada do crime de lavagem de ativos por meio de renomadas instituições financeiras, gerando graves prejuízos à coletividade.

5.3.1 O caso Wachovia

Em fevereiro de 2005, Martin Woods, ex-agente da polícia britânica, foi contratado pelo *Wachovia Bank* para atuar no programa de cumprimento normativo no escritório de Londres. Ao descobrir que um avião apreendido quando do transporte de 5,5 toneladas de entorpecentes havia sido comprado com recursos saídos diretamente do *Wachovia Bank*, Martin elaborou um primeiro relatório documentado (*suspicious activity report*), dando ciência do fato a seus superiores

[546] LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation*: banking, corporate & securities compliance... op. cit., p. 6.07.

[547] MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. *O que fazer depois da crise...* op. cit., p. 35.

[548] BARTHOLO, Roberto; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Quando um banco não é um banco? Instituições econômicas e a crise de 2008. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia.* Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 104.

hierárquicos. Não satisfeito, Woods prosseguiu coletando documentos sobre operações relacionadas à utilização, por narcotraficantes mexicanos do cartel de Sinaloa, dos serviços financeiros do banco, sobretudo por meio da filial de Miami. A partir de seu último relatório, Martin Woods foi impedido por seus superiores de prosseguir na investigação interna sob o argumento de que violara sua zona territorial de competência.

Woods resolveu, então, denunciar as irregularidades concernentes à quebra dos protocolos bancários diretamente a autoridades da *Scotland Yard* e da *Drugs Enforcement Administration* (DEA).[549] As investigações derivadas de tal notificação revelaram que o desprezo pelos deveres de colaboração antilavagem por prepostos e administradores do Wachovia Bank possibilitou que, apenas no período de três anos, 378,4 bilhões de dólares manejados por organizações criminosas transitassem entre a economia inglesa e a norte-americana, sendo que, desse montante, cerca de treze milhões de dólares foram empregados somente na compra de aviões nos quais foram apreendidos mais de vinte toneladas de cocaína.[550]

Em março de 2010, foi firmado um acordo processual (*deferred prosecution agreement*) entre as autoridades norte-americanas e o *Wachovia Bank*, sendo estabelecido o monitoramento das atividades do banco por autoridades estatais durante um período de prova, além do pagamento de multa no valor de 50 milhões de dólares e o confisco de aplicações no valor de 110 milhões de dólares. Embora aparentemente vultosas, tais quantias se mostram bem inferiores ao lucro auferido pela aludida instituição, eis que, somente no ano de 2009, a mesma faturou em torno de 12,3 bilhões de dólares. Ao fim e ao cabo, nenhum funcionário ou dirigente do banco Wachovia foi processado ou condenado, enquanto, apesar de ter tido a coragem de denunciar os crimes referidos, Woods foi demitido e jamais conseguiu outro emprego em instituições financeiras.[551]

---

[549] Divisão Anti-Drogas da polícia norte-americana: *Drug Enforcement Administration (DEA)*.

[550] Informações disponíveis em: <https://www.theguardian.com/world/2011/apr/03/us-bank-mexico-drug-gangs>. Acesso em: 13mar.2016.

[551] SAVIANO, Roberto. *Zero zero zero...* op. cit., p. 269.

5.3.2 O caso BCCI

O caso do *Bank of Credit and Commerce International* (BCCI) constituiu aquele talvez seja o mais claro exemplo histórico de cultura corporativa voltada para violações à legislação e, principalmente, para a prática do delito de lavagem de ativos. O BCCI era o sétimo maior banco do mundo, tinha filiais em 72 países diferentes e cerca de 15 mil empregados quando, em julho de 1986, foi deflagrada, pela DEA a operação investigativa nominada de C-Chase, na qual restou revelado o envolvimento da direção da instituição financeira na arquitetagem e oferta de um verdadeiro cardápio de técnicas de lavagem de ativos por meio de seu *Special Duties Deparment*[552], órgão interno da empresa especialmente dedicado a auxiliar clientes na ocultação de ativos de origem criminosa.

Tem-se, nesse ponto, a configuração concreta do que se pode chamar de *compliance* às avessas ou compliance negativo, ou seja, a criação e manutenção de uma estrutura ou órgão interno na pessoa jurídica que não têm por fim fiscalizar ilegalidades, mas sim disseminar o *know-how* criminoso, auxiliando clientes na prática de crimes.[553]

Nesse período, ganhou notoriedade o já citado agente policial Robert Mazur, que, por alguns anos, atuou infiltrado como pseudo-especialista em operações de de lavagem para narcotraticantes, entre eles Pablo Escobar. Adotando o nome fictício de Robert Musella, o referido policial relata ter sido instruído, pelos administradores do BCCI, não somente sobre a estruturação das transações financeiras com o fim de que tivessem aparência legítima, mas também sobre o que não fazer, tendo em vista as experiências frustradas de executivos de outros bancos que foram apanhados escondendo divisas ilicitamente obtidas.[554]

---

[552] GAYRAUD, Jean-François. *Le nouveau capitalism criminel: crises financières, narcobanques, trading de haute fréquence.* Paris: Odile Jacob, 2014, p. 57.

[553] No Brasil, pode-se citar um exemplo muito similar consistente no Departamento de Operações Estruturadas, que ficou conhecido como o "departamento de propina" e que teria sido criado na estrutura interna do grupo empresarial Odebrecht com a particular missão de realizar pagamentos clandestinos de vantagens ilícitas a dezenas de agentes públicos corruptos de alto escalão. A existência do referido esquema de corrupção e lavagem de dinheiro é investigada no bojo da chamada operação Lava-Jato. Cf. Informações disponíveis em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1752707-odebrecht-tinha-departamento-de-propina-no-pais-diz-lava-jato.shtml>. Acesso em: 22mar.2016.

Por fim, a operação C-Chase desvelou um esquema comandado por nove executivos do alto escalão da mencionada instituição financeira, que, por conta disso, acabaram presos e condenados, juntamente com mais de uma centena de criminosos.[555] Entre as técnicas e serviços ofertados pelo BCCI estavam, por exemplo: (1) a abertura e administração de contas secretas (identificadas apenas por números) no Panamá, Luxemburgo, Suíça, e Bahamas, sem a necessidade de deslocamento ou presença dos titulares dos recursos; (2) o transporte internacional clandestino de altos valores em espécie por meio de aviões fretados e (3) a oferta de serviços advocatícios no Panamá e na Suíça com vistas à criação de empresas sem a real identificação do titular dos recursos.[556]

A leniência das autoridades reguladoras do sistema financeiro com a postura institucional de parceria com a criminalidade também foi exposta em importante diálogo travado entre Mazur e um narcotraficante:

> Boate Regine, Miami, Flórida. 2 hs da manhã de 03.09.1988.
> Quando a noite se aproximava do fim e o uísque tinha amaciado a língua de Bilgrami, ele brincou comigo:
> - Bob, você sabe quem é o maior lavador de dinheiro dos Estados Unidos?
> - Quem? – Dei de ombros, sorrindo.
> - O Federal Reserve Bank. São tão hipócritas! Eles sabem que o Bank of the Republic de Bogotá tem um departamento conhecido como “departamento sinistro”. De acordo com a lei colombiana, qualquer cidadão que tenha pilhas de dinheiro pode chegar nesse departamento e, de forma anônima, trocar seus dólares por pesos colombianos – sem perguntas. Isso leva o banco central da Colômbia a acumular enormes quantidades de dólares americanos, que são enviados ao Federal Reserve e creditados na conta do Bank of the Republic – de novo, sem perguntas. O pessoal do Federal Reserve não é idiota. Eles veem esse rio de centenas de milhões de dólares chegando em carregamentos da Colômbia. Eles sabem de onde o

---

[554] MAZUR, Robert. Institutional will – the organized crime remedy. *Journal of Money Laundering Control.* V. 15. N. 2. London: Henry Stewart Publications, 2012, p. 164.

[555] Sobre o tema, eis o relato de Robert Powis: “It was the case that BCCI provided a convenient and friendly place for individuals involved in a wide range of illegal activities. In some cases, the bank knew what was behind the money and in other cases it didn´t. The bank needed the funds to make up for losses. In all cases, BCCI really didn´t care where the money came from. Money laundering of drug proceeds becomes a relatively easy thing to do when a banking institution, such as BCCI, and a number of its key officials cooperate fully in the laundering activity.” POWIS, Robert E. *The money launderers:* lessons from the drug wars – how billions of illegal dollars are washed through banks & business… op. cit., p. 236/237. Em tradução livre: “Foi o caso em que o BCCI forneceu um lugar conveniente e amigável para indivíduos envolvidos em uma ampla gama de atividades ilegais. Em alguns casos, o banco sabia o que estava por trás do dinheiro e, em outros casos, não. O banco precisava dos fundos para compensar as perdas. Em todos os casos, o BCCI realmente não se importou de onde veio o dinheiro. A lavagem de dinheiro do produto de drogas torna-se uma coisa relativamente fácil de fazer quando uma instituição bancária, como o BCCI, e alguns de seus principais funcionários cooperam plenamente na atividade de lavagem.".

[556] POWIS, Robert E. *The money launderers*: lessons from the drug wars – how billions of illegal dollars are washed through banks & business. Chicago: Probus, 1992, p. 192.

> dinheiro. Sabem que é dinheiro das drogas que foi contrabandeado dos Estados Unidos e da Europa para a Colômbia. O Federal Reserve aceita os valores porque é bom para a economia e para o sistema bancário do país. E a guerra americana contra as drogas é um embuste.
> - Fui nocauteado. Se isso fosse verdade, não fazia nenhum sentido arriscarmos nossas vidas nessa operação. Pesquisas posteriores confirmaram a história de Bilgrami e eu nunca me senti mais traído. Pela primeira vez, questionei se fôramos ingênuos de pensar que poderíamos fazer alguma diferença.[557]

A partir do caso BCCI, verificou-se que a competição por dinheiro sujo entre instituições financeiras não era exclusividade peculiar a uma única entidade, eis que comportamentos criminosos semelhantes foram reproduzidos pela cúpula diretiva de outros grandes bancos atuantes nos EUA, Reino Unido, Suíça, Alemanha e, inclusive, no Brasil.[558]

5.3.2 O caso HSBC

Em 16 de julho de 2012, após investigações levadas a efeito por uma comissão do Senado norte-americano, foi divulgado o relatório no qual se imputou ao HBUS, filial norte-americana do banco de origem britânica HSBC (até então quinta maior instituição financeira do mundo), a prestação de serviços financeiros com absoluto desdém pelos deveres de colaboração antilavagem, o que permitiu que imensas quantias advindas do narcotráfico mexicano e de organizações terroristas ingressassem no sistema financeiro dos EUA. Nesse contexto criminoso, estima-se que, apenas entre 2007 e 2008, a filial mexicana do HSBC (HBMX) tenha transferido irregularmente cerca de 7 bilhões de dólares.[559]

Mesmo tendo deixado de reportar operações suspeitas entre 2005 e 2010, o HSBC firmou, em novembro de 2012, um acordo com as autoridades por meio do

---

[557] MAZUR, Robert. *O infiltrado...* op. cit., p. 339/340.

[558] Entre os bancos que utilizavam técnicas similares, estão o *Union Bank of Switzerland* (UBS), em 2009; o *Union Bank of California*, em 2007; o *Wachovia Bank*, em 2010; o *Barclays Bank*, em 2010; o *Credit Suisse*, em 2009 e o *Deustche Bank*, em 2010. Destaque-se o caso do *Credit Suisse*, que teria disponibilizado aviões para transportar para a Europa barras de ouro adquiridas clandestinamente por narcotraficantes da América do Sul. Cf. MAZUR, Robert. *Institutional will – the organized crime remedy*… op. cit., p. 165/172.

[559] SAVIANO, Roberto. *Zero zero zero...* op. cit., p. 276.

qual foi aplicada uma multa de 1,9 bilhões de dólares, ou seja, menos de um terço do valor lavado. Nem o banco, nem seus dirigentes, nem os empregados atuantes no caso sofreram qualquer punição criminal.[560]

A ausência de sanções eficazes deu azo à ocorrência de novo episódio criminoso envolvendo o HSBC, no caso que ficou mundialmente conhecido como *SwissLeaks*. Segundo publicou o jornal *Le Monde*, no dia 08.02.2015, documentos obtidos junto ao *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ) revelaram a existência de cerca de 100 mil contas bancárias secretas mantidas na filial suíça do HSBC, que serviriam para diversos fins clandestinos de interesse de clientes especiais, entre estes, celebridades do mundo artístico e desportivo, empresas ligadas a cartéis de entorpecentes na América Latina e a organização terrorista Al Quaeda.

Nesse esquema, apenas entre 2005 e 2007, teriam sido movimentados de forma oculta cerca de 120 bilhões de dólares, figurando o Brasil no quarto lugar entre os países com maior número de correntistas descobertos, segundo o relatório produzido pelo ICIJ.[561]

As consequências de mais este capítulo da novela de delitos protagonizada pelo HSBC ainda estão sendo investigadas no Brasil e no exterior, sem que, ao que se sabe, qualquer dirigente ou funcionário do referido banco tenha sido criminalmente condenados ou sancionados até o momento. A janela de oportunidades criminosas relacionadas aos serviços prestados por essa secular instituição financeira parece permanecer aberta.

---

[560] LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation*: banking, corporate & securities compliance... op. cit., p. 113.

[561] Segundo as informações, 8.867 brasileiros teriam movimentado clandestinamente cerca de 7 bilhões de reais com o auxílio da filial suíça do HSBC da Suíça. Informações disponíveis em: <http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2015/02/08/swissleaks-revelations-sur-un-systeme-international-de-fraude-fiscale_4572319_4862750.html?xtmc=hsbc&xtcr=5>. Acesso em: 09fev.2015.

5.4 Em que consiste o cumprimento normativo antilavagem para instituições financeiras?

Em 1970, foi editada a lei norte-americana que ficou conhecida como *Bank Secrecy Act*, na qual, sem a previsão de consequências criminais, foram fixadas algumas obrigações a serem cumpridas por instituições financeiras para fins de controle dos fluxos de divisas, tais como o dever de reportar transações acima de dez mil dólares (por meio do documento intitulado *Currency Transaction Report)* e o dever de manter registro das operações e da identidade de seus clientes por, ao menos, cinco anos. Embora não tenha relação específica com o crime de lavagem de ativos, que, à época, sequer era previsto legalmente, esse foi o embrião normativo da política de colaboração do setor financeiro quanto ao cumprimento de deveres para evitar desvios ilegais.

A partir do final do século passado, com a difusão da tipificação legal da lavagem de ativos, a política criminal nessa seara tem, progressivamente, concentrado seus esforços em medidas preventivas e na persecução do patrimônio obtido por organizações criminosas. Dessa forma, optou-se por ações coordenadas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador no que tange aos agentes econômicos cujos serviços são mais frequentemente utilizados no processo de dissimulação de bens de origem criminosa.

A colaboração de tais entes com as medidas de prevenção e repressão à lavagem de ativos se faz imprescindível sob pena de se sujeitar a persecução delitiva a notícias fortuitas e esporádicas advindas dos meios de comunicação ou a eventuais alertas de autoridades estrangeiras. Portanto, a decisão de intensificar a repressão à lavagem de ativos não se restringiu somente à tipificação penal do delito, mas também motivou o desenvolvimento de um sistema de controle administrativo que incide exatamente sobre o setor prediletamente instrumentalizado no processo de dissimulação do dinheiro do crime organizado.[562]

[562] ASMAT COELLO, Diana Marisela. Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas em la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores, 2015, p. 411.

No âmbito da União Europeia, chama a atenção o teor das considerações fundamentadoras constantes do preâmbulo da Diretiva 91/308/CEE, de 10.06.1991, que, originalmente, dispôs sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para escamoteamento de capitais:

> Considerando que instituições financeiras são utilizadas para branqueamento do produto de atividades ilícitas o que compromete a fiabilidade dos sitema financeiro em geral;
> Considerando que os Estados poderiam individualmente tomar medidas incompatíveis com a realização do mercado único;
> Considerando que os branqueadores poderiam tirar partido da liberalização dos movimentos de capitais e da livre prestação de serviços financeiros;
> Considerando que o branqueameto do produto de atividades ilícitas tem nítida influência na expansão do crime organizado;
> Considerando que o branqueamento de capitais deve ser combatido principalmente através de medidas de direito penal, embora a abordagem penal não deva ser a única;
> Considerando a recomendação do Conselho da Europa de 27.06.1980, a Declaração de Princípios adotada em Basileia em dezembro de 1988;
> Considerando a necessidade preservar a reputação e integridade do sistema financeiro;
> Considerando a necessidade de adoção, por parte das instituições financeiras, de procedimentos de controle interno e de programas de formação;
> Considerado que a eficácia do combate ao branqueamento de capitais depende da cooperação das instituições financeiras no tocante à identificação dos clientes, conservação de documentos e registros das operações, bem como da harmonização e coordenação das medidas nacionais [...]

Especificamente sobre a obrigatoriedade de adoção de controles internos em instituições financeiras visando ao combate à lavagem de ativos por meio de serviços bancários, assim dispõe o artigo 11 do aludido diploma normativo:

> Artigo 11º. Os Estados-membros assegurarão que os estabelecimentos de crédito e as instituições financeiras:
> 1. Criem processos adequados de controlo interno e de comunicação para prevenir e impedir a realização de operações relacionadas com o branqueamento de capitais.
> 2. Tomem as medidas adequadas para sensibilizar seus funcionários para as disposições da presente directiva. Estas medidas incluirão a participação dos funcionários relacionados com estas questões em programas especiais de formação, a fim de os ajudar a reconhecer as operações que possam estar relacionadas com o branquemento de capitais e de os instruir sobre a forma de actuar em tais casos.

A partir da Diretiva 2001/97/CE, de 04.12.2001, o referido dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação:

> Artigo 11º. [...]
> 1. Os Estados-Membros devem assegurar que as instituições e as pessoas sujeitas ao disposto na presente directiva:
> a) Criem processos adequados de controlo interno e de comunicação para prevenir e impedir a realização de operações relacionadas com o branqueamento de capitais;
> b) Tomem as medidas adequadas para sensibilizar os seus empregados para o disposto na presente directiva. Estas medidas devem incluir a participação dos empregados ligados a

> estas questões em programas especiais de formação, a fim de os ajudar a reconhecer as operações que possam estar relacionadas com o branqueamento de capitais e de os instruir sobre a forma de agir em tais casos.

Por fim, a Diretiva 2005/60/CE, de 26.10.2005, referiu-se ao cumprimento normativo por instituições financeiras da seguinte forma:

> Artigo 34. Os Estados-membros exigirão que as entidades e pessoas sujeitas ao disposto na presente Diretiva estabeleçam políticas e procedimentos adequados e apropriados em matéria de diligência devida com respeito ao cliente, informação, conservação de documentos, controle interno, avaliação de riscos, gestão de riscos, garantia de cumprimento das disposições pertinentes e comunicação com vistas a prevenir e impedir operações relacionadas com o branqueamento de capitais ou o financiamento do terrorismo.
> Artigo 35
> 1. Os Estados-membros exigirão que as entidades e pessoas sujeitas ao disposto na presente Diretiva que adotem as medidas oportunas para que seus empregados tenham conhecimento das disposições vigentes em aplicação da mesma.

Na atualidade, no que diz respeito à prevenção e repressão do crime de lavagem de ativos por meio de instituições financeiras, o modelo da autorregulação regulada é o vigente também no Brasil.[563] Nesse cenário, o Banco Central figura como agente regulador responsável pela concessão de autorização para instalação e funcionamento dessas entidades, bem como pela fixação e fiscalização do cumprimento de exigências de conduta corporativa, a serem complementadas e adaptadas pelas próprias instituições financeiras quando da elaboração e execução de seus respectivos programas de cumprimento normativo. Entre as normas pertinentes a esta matéria, destacam-se as seguintes:

(1) Resolução BACEN n. 2.554, de 24 de setembro de 1998 (dispõe sobre a implantação de sistema de controle interno);

(2) Circular BACEN n. 3.461, de 24 de julho de 2009 (dispõe sobre procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei n. 9.613/1998);

---

[563] O sistema suíço de prevenção à lavagem de ativos também é baseado na autorregulação das instituições financeiras, que, portanto, devem adaptar as regras gerais emanadas pela autoridade regulatória às suas necessidades e particularidades. Cf. MÜLLER-STUDER, Luka. The function of self-regulating organizations in the Swiss Money Laundering Control Scheme. *Journal of Money Laundering Control*. V. 7. N. 1. London: Henry Stewart Publications, 2003, p. 73.

(3) Carta Circular BACEN n. 3.542, de 12 de março de 2012 (estabelece a relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência do crime de lavagem de ativos, passíveis de comunicação ao COAF);

(4) Carta Circular BACEN n. 3.409, 12 de agosto de 2009 (fixa instruções para as comunicações determinadas nos artigos 12 e 13 da Circular BC n. 3.461/2009).

Paralelamente, com o advento da Lei n. 12.683/2012, a redação da Lei n. 9.613/98 foi substancialmente modificada em vários aspectos, entre os quais, destacam-se: a fixação de um amplo rol de agentes econômicos obrigados a colaborar com as autoridades estatais no enfrentamento da lavagem de ativos (artigo 9º) e a fixação de um conjunto de deveres expressos nesse sentido (artigo 10).

Naturalmente, as instituições financeiras estão entre as principais obrigadas, uma vez que a atividade econômica que desempenham está essencialmente ligada à captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional e estrangeira (artigo 9º, I); à compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial (artigo 9º, II) e à custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários (artigo 9º, III).

Frise-se que o legislador teve a preocupação de impor, textualmente (vide a redação do artigo 10, III), aos profissionais e entidades elencados no artigo 9º a obrigação de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender aos deveres dispostos no aludido diploma legal.

Percebe-se, portanto, que, uma vez estabelecidas pelo legislador e pela autoridade regulatória as diretrizes a serem seguidas, embora tenham a obrigação legal de adotar um programa de cumprimento normativo, as instituições financeiras e seus dirigentes gozam de certa margem de liberdade para se organizarem e se estruturarem internamente de modo a cumprir as metas dispostas de acordo com

suas peculiaridades, o que bem ilustra o modelo de autorregulação regulada adotado nesse campo.[564]

Sendo assim, segundo a Lei n. 9.613/1998, as principais tarefas colaborativas antilavagem que cabem às instituições financeiras são as seguintes:

(1) dever de identificação do cliente (artigo 10, I);[565]

(2) dever de conservar, por cinco anos, o registro das operações efetuadas (artigo 10, II e parágrafo 2º);

(3) dever de comunicar ao COAF, no prazo de 24 horas, operações que se enquadrem como suspeitas, segundo o rol definido pela autoridade reguladora (artigo 11, II, alíneas ´a´ e ´b´);

(4) dever de manter sigilo, em relação ao cliente, sobre a realização da comunicação de operação suspeita (artigo 11, II, parte final) e

[564] Segundo Eduardo SAAD-DINIZ, as principais vantagens da implementação de um programa de *compliance* são: o controle da responsabilização no âmbito interno da empresa e, por conseguinte, a redução de custos processuais; o aumento da confiança e proteção tanto para *stakeholders*, quanto para os próprios dirigentes da empresa; a conservação de padrões internacionais de proteção aos direitos fundamentais e a possível redução da punibilidade decorrente da melhor organização do sistema interno de delegação de atribuições. Ainda segundo o referido autor, as principais desvantagens são: o aumento dos custos operacionais (ex.: a necessidade de criação e manutenção do departamento de *compliance*, o qual exige treinamento e especialização contínuos); a indefinição a respeito da aplicação judicial dos efeitos da adoção de um programa de *compliance* no Brasil (ex.: ausência de estruturação legal definida para tais programas e carência de critérios de interpretação e aplicação jurisprudencial dos efeitos sobre o sancionamento de pessoas físicas e jurídicas). Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance*. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB.* Ano 2. V. 2. N. 2, dezembro/2014, p. 116/117. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14317/10853>. Acesso em: 20jan.2017.

[565] O primeiro e talvez mais importante dever de colaboração que recai sobre as instituições e profissionais do ramo financeiro é a identificação de seus clientes, ou seja, a exigência de manutenção de documentos e informações concernentes à individualização dos clientes. Trata-se da estratégia que se convencionou denominar internacionalmente de *Know Your Client* ou *Know Your Customer* (KYC) e que tem por fim evitar que criminosos consigam, por meio de serviços financeiros de aparência lícita, mesclar seus recursos ilícitos com aplicações legalmente autorizadas. Logo, a intenção dessa medida é fomentar no mundo dos negócios a adoção do postulado “we do not want crooks in our books” (em tradução livre: não queremos trapaceiros entre nossos clientes). Cf. HOPTON, Doug. Washing for a price: exposure of the financial services system. *Journal of Money Laundering Control*. V. 3, n. 2. London: Henry Stewart Publications, 1999, p. 113.

(5) dever de instituir um programa de *compliance* (políticas, procedimentos e controles internos) para fins de observância dos deveres de colaboração antilavagem anteriormente mencionados (artigo 10, III da Lei n. 9.613/98 c/c artigo 1º, parágrafo 2º da Resolução BACEN n. 2.554/98).

5.4.1 O dever de comunicação de operações suspeitas

Atualmente, a listagem de operações suspeitas de envolvimento com crimes de lavagem de ativos (definido no artigo 1º, da Lei n. 9.613/1998) e de financiamento ao terrorismo (definido no artigo 6º da Lei n. 13.260/2016) encontra-se disposta no artigo 1º da Carta Circular BACEN n. 3.542, de 12.03.2012, sendo organizada da seguinte forma:

I - situações relacionadas com operações em espécie em moeda nacional (10 tipificações situacionais);
II - situações relacionadas com operações em espécie em moeda estrangeira e cheques de viagem (5 tipificações situacionais);
III - situações relacionadas com dados cadastrais de clientes (9 tipificações situacionais);
IV - situações relacionadas com a movimentação de contas (21 tipificações situacionais);
V - situações relacionadas com operações de investimento interno (5 tipificações situacionais);
VI - situações relacionadas com cartões de pagamento (5 tipificações situacionais);
VII - situações relacionadas com operações de crédito no País (8 tipificações situacionais);
VIII - situações relacionadas com a movimentação de recursos oriundos de contratos com o setor público (7 tipificações situacionais);
X - situações relacionadas a pessoas suspeitas de envolvimento com atos terroristas (4 tipificações situacionais);

XI - situações relacionadas com atividades internacionais (12 tipificações situacionais);
XII - situações relacionadas com operações de crédito contratadas no exterior (5 tipificações situacionais);
XIII - situações relacionadas com operações de investimento externo (7 tipificações situacionais) e
XIV - situações relacionadas com empregados das instituições financeiras e seus representantes (4 tipificações situacionais).

As 102 tipificações situacionais descritas no mencionado ato administrativo servem, portanto, de parâmetro para a estruturação dos programas de *compliance* e controles internos, inclusive informatizados, destinados à prevenção da lavagem de ativos (e também ao combate do financiamento ao terrorismo, por força do inciso X retromencionado) a serem implantados pelas instituições financeiras e demais entes cuja atuação esteja submetida à autorização e fiscalização pelo Banco Central do Brasil.

A comunicação das situações relacionadas, bem como de outras que, embora não mencionadas (rol exemplificativo[566], portanto), possam configurar indícios de cometimento do crime de lavagem de ativos deve ser efetuada, no já aludido prazo de 24 horas, por meio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (SISCOAF). Tal providência atende a duas finalidades: facilitar a persecução penal do crime de lavagem de ativos e a interromper o respectivo processo de dissimulação patrimonial que lhe é correspondente. Para cumprir esses desideratos, os entes privados e o próprio Estado devem se preparar logisticamente para a troca de informações, haja vista que tem se mostrado mundialmente crescente o número de notificações de transações financeiras suspeitas.[567]

---

[566] Conforme o disposto na Carta Circular BACEN n. 3.452/2012: "Artigo 3º. A comunicação das situações relacionadas nesta Carta Circular, bem como de outras que, embora não mencionadas, possam configurar indícios de ocorrência das práticas de que trata o artigo 13 da Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, deve ser efetuada por meio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf)."

[567] Na França, por exemplo, a Unidade de Inteligência Financeira (*Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins* - TRACFIN) registra que, de 1704 notificações realizadas no ano de 1999, chegou-se a 10.842 notificações, em 2004, sendo que 77,83% dessas comunicações foram feitas por instituições financeiras (bancos e entidades de crédito). Cf. CAPDEVILLE, Jérôme Lasserre. *La lutte contre le blanchiment d´argent.* Paris: L´Harmattan, 2006, p. 37.

5.5 As consequências do descumprimento dos deveres de colaboração antilavagem: os sistemas de tratamento da questão

Antes de ingressar propriamente na consideração das consequências do descumprimento das obrigações legais de colaboração antilavagem dispostas em face de instituições financeiras e de seus membros, há de se fazer um breve intróito acerca da punibilidade criminal de comportamentos omissivos.

Os delitos omissivos são classificados doutrinariamente em duas categorias: (1) os crimes omissivos puros ou próprios e (2) os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

A primeira categoria delitiva abrange abstenções punidas por si sós, ou seja, o puro não-agir (omissão) é descrito pela norma penal incriminadora e será sancionado independentemente da produção de qualquer resultado. Já os crimes omissivos impróprios conformam categoria delitiva caracterizada pelo descumprimento de dever inerente à uma posição de garante ou garantidor (*gatekeeper*[568] ou *guardabarreras*[569]) da não ocorrência de resultados penalmente proibidos, sendo essa qualidade imposta de acordo com as hipóteses previstas no artigo 13, § 2º do CP.[570] Conforme destaca a doutrina, o papel do *gatekeeper* nada mais é do que o de guardar uma porta que o infrator necessita abrir para atingir seu objetivo.[571]

Portanto, para que a omissão imprópria seja punível, além do desacatamento do dever de garante, exige-se a produção do resultado proscrito, ou seja, a violação

---

[568] A expressão *gatekeeper* (guardião do portão, em tradução livre) compreende os grupos de sujeitos obrigados a cumprir funções de proteção de bens jurídicos mediante observância de determinados deveres e abstenção de colaboração com potenciais infratores. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales...* op. cit., p. 136.

[569] GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales*: cómo se lava el dinero. *Como se combate el lavado...* op. cit., p. 253.

[570] A respeito do tema, Renato de Mello Jorge Silveira tece a seguinte explanação: "[...] poder-se-ia dizer que o critério diferenciador entre omissão imprópria e omissão própria encontra-se na figura do garante. No primeiro caso – na omissão imprópria – o omitente assume função de garante, em virtude de um dever jurídico (extrapenal) de atuar, garatindo a integridade de um bem jurídico frente à sociedade, enquanto que, no segundo, o omitente, aparentemente, se encontra desvinculado extrapenalmente do interesse que protege o tipo penal.". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial...* op. cit., p. 85.

[571] Ibid., p. 217.

do bem jurídico. Isso significa que, caso o indivíduo se enquadre em alguma das situações legalmente descritas no citado artigo 13, §2º do CP, sobre o mesmo recairá o dever de agir para evitar a ocorrência de consequências penalmente tipificadas. Nessa perspectiva, haveria uma equivalência – diga-se, de índole meramente normativa – entre a omissão (imprópria) e o cometimento do delito.[572]

Segundo a apreciação de Renato de Mello Jorge Silveira[573], na dogmática brasileira, a questão da omissão remanesce obscura e pouco discutida, embora muito utilizada. Nesta linha, além de reconhecer um perigoso e atual viés expansivo no Direito Penal Econômico, o aludido autor vislumbra, no que chama de sobrecriminalização (*overcriminalization*), duas formas de expressão: (1) a sobrecriminalização direta, na qual ocorre o aumento de previsões típicas com foco no perigo abstrato ou em condutas omissivas e (2) a sobrecriminalização indireta, concernente à elevação de imputações e punições por condutas omissivas impróprias.[574]

Portanto, diante dos riscos penais envolvidos na atividade financeira e dos já comentados deveres normativos de colaboração antilavagem, há que se estabelecer pautas racionais para a imputação de posições de garantia no contexto da criminalidade econômico-empresarial. O grande desafio que se apresenta no estudo do Direito Penal Econômico hodierno é, justamente, o de saber quem não pode se omitir e quais providências não podem ser omitidas, questões fundamentais que conformam o buraco negro [575] ou *punctum dolens*[576] das discussões atuais da seara penal.

---

[572] URQUIZO OLAECHEA, José; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el código penal peruano: competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión. In: URQUIZO OLAECHEA, José; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Orgs.). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal*: homenage a Klaus Tiedemann. Lima: Fondo Editorial, 2011, p. 324.

[573] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial*... op. cit., p. 124.

[574] Ibid., p. 51.

[575] A expressão é utilizada por Renato de Mello Jorge Silveira para tecer referência ao perigo da opção, desenfreada e sem maiores cautelas, pela criminalização pura e simples do não cumprimento de deveres especiais de cuidado. Ibid., p. 110.

[576] Ao prefaciar a obra de Renata Jardim da Cunha Rieger, Fábio Roberto D´Ávila também reconhece que a grande generosidade da recepção de tipos penais omissivos tem sido uma tendência internacional e que o "verdadeiro derrame de novos deveres" torna a questão da omissão ainda mais díficil, embora permaneça descuidada no cenário acadêmico brasileiro. O referido autor lança, ainda,

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar, a partir da análise da experiência jurídica estrangeira, que há quatro regimes de tratamento normativo da omissão do cumprimento dos deveres de colaboração antilavagem, sobretudo, quanto à falta de comunicação de operações financeiras suspeitas, nos termos definidos pela autoridade regulatória.[577]

Na Espanha, a conduta nesse sentido é punida como modalidade de lavagem de ativos (consoante a previsão do artigo 301 do Código Penal) praticada, nessa perspectiva, por omissão imprópria.

Já na Alemanha (artigo 17, I, n. 4 do diploma legal publicado em 13.10.2008), a omissão referida é punida apenas como infração administrativa, ou seja, sujeita à multa e interdição de atividades.

Na Costa Rica, a omissão não possui relevantes consequências penais ou administrativas previstas na legislação.[578]

Por fim, a referida omissão é criminalizada autonomamente (ou seja, mediante estabelecimento de tipo penal especial) na Colômbia (artigos 325 e 325-A, ambos do Código Penal, de 2000);[579] na Suíça (artigo 305 ter do Código Penal)[580] e

---

o questionamento sobre a suficiência da mera previsão legal de um dever de agir para configuração do dever de garantia penal ou se seria preciso algo mais, um lastro material, ao lado da previsão legal. Esta indagação constituiria, segundo o mesmo, o *punctum dolens* da omissão imprópria no Direito Penal brasileiro atual. Cf. RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental*: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 09/10. A seu turno, no entanto, a própria autora da obra prefaciada – e, com toda a justiça, elogiada pelo subscritor do prefácio – explica que a responsabilização penal por omissão do superior hierárquico na estrutura da empresa não significa, de plano, atribuir consequências punitivas com base em comportamento de terceiros, eis que, segundo suas palavras: "Trata-se de responsabilidade pela própria omissão: a ausência de supervisão, ou de intervenção, no ato do subordinado é o elemento que fundamenta a sua responsabilidade." Ibid., p. 158.

[577] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada y lavado de activos.* Lima: IDEMSA, 2013, p. 288/289.

[578] Os artigos 25 e 81, b, 2 da Ley n. 7.786, com as modificações da Ley n. 8.719, de 04.03.2009, apenas obrigam, sob ameaça de sancionamento administrativo, a implementação de procedimentos internos que vialibilizem a comunicação de transações suspeitas.

[579] Eis a redação dos respectivos dispositivos legais: "Artículo 325. Omisión de control. El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 325-A. Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo. Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo,

no Peru (artigo 5º do Decreto Legislativo 1.106/2012)[581], sendo que, neste último país, a recusa, o retardamento ou a falsidade na prestação de informações requisitadas de instituições financeiras no curso de investigação ou processamento do crime de lavagem de ativos também configuram condutas sujeitas a sancionamento penal expresso e específico[582], conforme, aliás, sugere o Regulamento-Modelo sobre o delito de lavagem de ativos editado pela OEA.[583]

---

incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente Capítulo."

[580] Eis a redação do respectivo tipo penal: "Art. 305 ter. 1. Any person who as part of his profession accepts, holds on deposit,or assists in investing or transferring outside assets and fails to ascertain the identity of the beneficial owner of the assets with the care that is required in the circumstances is liable to a custodial sentence not exceeding one year or to a monetary penalty. 2. The persons included in paragraph 1 above are entitled to report to the Money Laundering Reporting Office in the Federal Office of Police any observations that indicate that assets originate from a felony or an aggravated tax misdemeanour in terms of Article 305bis number 1bis."

[581] Eis a redação do respectivo tipo penal: "Art. 5º. Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, segú las leyes y normas reglamentarias, será reprimido com pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, com ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del art. 36º del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad com los incisos 1), 2) y 4) del art. 36º del Código Penal."

[582] Eis a redação do respectivo tipo penal: "Articulo 6°. Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministra de información. El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil a empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto a brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal."

[583] Eis a redação do Regulamento-Modelo sobre o delito de lavagem de ativos: "Artículo 20. RESPONSABILIDADES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS. 1. Las instituciones financieras, o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, estarán sujetos a las sanciones más severas. 2. Las instituciones financieras serán responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Esa responsabilidad

5.6 O descumprimento dos deveres de colaboração antilavagem e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, ante o estágio inicial da discussão do tema, ainda são indefinidas as possíveis consequências do descumprimento das obrigações legais de colaboração antilavagem de ativos por parte de instituições financeiras e de seus membros. Portanto, ante a ausência de tipificação penal da omissão própria nesse aspecto, o simples desacatamento de deveres normativos antilavagem não enseja, de per si, a incursão de agentes financeiros em prática criminosa, sejam tais obrigações dispostas diretamente pela legislação, sejam as mesmas dispostas em normas regulatórias ou internas.

Diante dessa perspectiva, uma corrente doutrinária defende o emprego de soluções exclusivamente extrapenais para essa questão, o que se sustenta sob a alegação de que, de forma geral, as sanções administrativas têm se mostrado suficientes para evitar a prática de ilícitos econômicos por instituições financeiras e seus dirigentes.[584] Especificamente quanto ao crime de lavagem de ativos,

---

puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera."

[584] À guisa de exemplo em sentido contrário, cite-se que, em 1998, Ela Wiecko Volkmer de CASTILHO publicou tese de doutoramento (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional.* Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001) na qual defendeu, com base em dados empíricos, que o Banco Central exercia importante influência no déficit punitivo existente em relação aos delitos contra o sistema financeiro, devido a falhas na filtragem dos fatos e personagens investigados, bem como nas comunicações que deveriam ser feitas ao Ministério Público. No entanto, baseando-se em dados da Comissão de Valores Mobiliários a respeito de possíveis violações aos artigos 27-C, 27-D e 27-E da Lei n. 6.385/76, pesquisa empreendida por Thiago BOTTINO e Eduardo OLIVEIRA reconheceu indícios de prática criminosa em apenas 19 casos, no período investigado, sendo que oito foram submetidos a punições administrativas (42,1%) e onze foram objeto de termo de compromisso (57,9%). Afirmou-se também que 83% dos casos foram comunicados ao MPF e que apenas 26,7% dessas comunicações deram origem a inquéritos policiais. Com base nesses dados, os referidos autores concluem que se deveria estabelecer a prevalência da instância administrativa sobre a jurisdição criminal por dois meios: por um lado, extinção da punibilidade em caso de celebração de termo de compromisso e, por outro, a adoção de penalidades exclusivamente administrativas, cuja "aplicabilidade mais fácil e rápida" contribuiria para diminuição da impunidade. Cf. BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 172. Não bastasse o estudo inicialmente citado, as experiências estrangeiras já mencionadas ao longo do presente estudo e a mínima análise do que se assiste no Brasil contemporâneo, ambos os contextos marcados por sucessivos e danosos episódios criminosos havidos no seio do mercado financeiro, afastam qualquer resquício de razão da ingênua proposta descriminalizadora acima descrita.

argumenta-se que, somente no ano de 2006, a totalidade das multas aplicadas em decorrência da inobservância das obrigações estabelecidas pela Lei n. 9.613/98 alcançou o "expressivo" valor de cinco milhões de reais.[585]

A seu turno, Eduardo Saad-Diniz[586] segue essa mesma linha de raciocínio ao externar o entendimento de que o comportamento desviante nas corporações jamais poderá ser completamente eliminado e a ilusão de seu controle por meio do "conto da governança" pode levar, isto sim, a sérios danos à sociedade e aos direitos fundamentais. Aduz-se também que, fundamentadas na imposição do trinômio governança-risco-*compliance* e na intimidação, as novas formas de responsabilização penal no âmbito corporativo fracassaram diante da ausência de comprovação empírica de seu efeito preventivo.

O referido autor ressalta, ainda, que os efeitos deletérios da imposição extraterritorial da *compliance culture* podem representar a dominação de setores estratégicos por determinados grupos corporativos, restritos a um pequeno nicho capaz de sustentar modelos de regulação privada. Em outro trabalho, o mesmo autor[587] chega a sustentar que o maior custo do julgamento da Ação Penal n. 470/2005 (caso Mensalão) foi o reconhecimento de efeitos penais para o *non-compliance*, haja vista a provocação do "engessamento do mercado". Por fim, como solução para a criminalidade econômico-empresarial, o autor propõe a diminuição da ameaça sancionatória e, em seu lugar, o estabelecimento do que chamou de "requalificação do debate por meio de iniciativas mais sofisticadas de introduzir a ética no negócio global".[588]

Respectivamente, as elevadas doses de alienação (quanto ao conjunto de circunstâncias vigentes tanto no Brasil, quanto no exterior) e de precipitação (quanto

---

[585] CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 170.

[586] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 79.

[587] SAAD-DINIZ, Eduardo. Efeitos penais do non-compliance na ação penal n. 470. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal n. 470, junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 95/96.

[588] SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo?... *op. cit*., p. 88.

ao reproche, com tons definitivos e genéricos, sobre os variados desdobramentos das questões ligadas ao *compliance*) afastam a plausibilidade e a credibilidade dos entendimentos retromencionados, tornando-os inaceitáveis.

O meio acadêmico não pode e não deve se desprender dos problemas e inquietações concretamente vivenciados pela sociedade para a qual, em última análise, o Direito Penal é – ou deveria ser – constituído. Nesse aspecto, mostra-se, no mínimo, precoce a conclusão sobre a ineficácia das políticas de governança corporativa e *compliance*, cujas bases ainda se encontram em plena fase de construção e discussão. Tais fenômenos sinalizam, na verdade, um certo risco para a imunidade penal disfarçada que, tradicionalmente, protege uma classe específica delinquentes privilegiados que se valem da roupagem de empresários honestos.

Os programas de cumprimento normativo necessitam – não há como negar – de aprofundamento acadêmico, principalmente no tocante aos seus possíveis efeitos sobre a individualização da imputação no âmbito do Direito Penal Econômico. Contudo, tal estratégia está longe de configurar um mero anglicismo da moda inventado alhures. Se os "contos da governança e do *compliance*"[589] já são tachados – repita-se: com estranha afoiteza – como componentes da "fraqueza de um movimento falido"[590], a realidade da impunidade seletiva garantida pelo manto (ou pelo mantra) da complexidade organizacional corporativa certamente prejudica a legitimidade de um sistema penal que se pretende justo, racional e equilibrado.

A respeito da necessidade de evolução do Direito Penal como ramo científico que deve se aprimorar para poder responder aos desafios dispostos pela sociedade de seu tempo, vale relembrar a lição disposta por Fábio Roberto D´ávila[591]:

> A conclusão sobre o envelhecimento de uma ciência não se pode dar a partir de uma análise apressada e superficial acerca da sua incapacidade de responder aos desafios do seu tempo, mas sim a partir de sua capacidade de superação, aprimorando-se e adequando-se a esses novos desafios.

---

[589] LAUFER, William S. Ilusões de compliance e governança. In: SAAD-DINIZ; Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: Liber Ars, 2016, p. 25.

[590] Ibid., p. 25.

[591] D´AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79.

Em tom convergente e pontualmente alusivo ao potencial contributivo da teorização sobre o *criminal compliance* para aperfeiçoamento do ordenamento jurídico-penal, Artur de Brito Gueiros Souza[592] assinalou o seguinte:

> [...] essa nova realidade deve ser apreendida no contexto do que aspirava o jus-filósofo alemão Gustav Radbruch: ele não queria somente um "melhor" Direito Penal, mas a substituição do Direito Penal por "algo melhor". Nesse sentido, como assinalado por Sieber e Engelhart, a substituição completa do Direito Penal parece não ser realista. No entanto, uma melhor prevenção da criminalidade econômica, bem como uma parcial substituição, aprimoramento e melhora do Direito Penal tradicional parece, sim, possível de ser atingido, por intermédio dos programas de *compliance*.

Não se pode deixar de notar certo esforço conservador – e deve-se reconhecer que essa sanha pela manutenção de dogmas não é uma peculiaridade exclusiva do campo penal[593] — consistente em atestar a incapacidade do Direito Penal para responder aos abusos e ilegalidades cometidos no meio econômico-empresarial. Esse fenômeno surge, não por mero acaso, justamente no momento em que o Direito Penal começa a abordar não somente seus destinatários tradicionais (em regra, pequenos infratores, negros, miseráveis e analfabetos), mas também a criminalidade do mundo dos negócios.

Nesse aspecto, é de se invocar a percepção de Antônio Evaristo de Moraes Filho[594] que, textualmente, asseverou ser curiosa a coincidência temporal entre a

---

[592] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Programas de compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica*. Tese apresentada ao Concurso Público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Penal. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016, p. 202/203.

[593] Em que pese se referir à temática econômica, é interessante e convergente a crítica externada por F. Hayek quanto ao conservadorismo radical vigente em alguns nichos do meio científico: "Pessoalmente, acho que o aspecto mais reprovável da atitude conservadora é sua tendência a rejeitar novos conhecimentos, ainda que bem fundamentados, porque desaprova algumas das consequências que aparentemente decorrem deles – ou, mais francamente, seu obscurantismo. Não nego que os cientistas, como qualquer pessoa, são dados a modismos e excentricidades e que devemos ser cautelosos em aceitar as conclusões às quais os levam suas teorias mais recentes. Mas os motivos de nossa relutância precisam ser racionais e não devem ser condicionados pela consternação que sentimos quando as novas teorias abalam nossas mais caras convicções." HAYEK, Friedrich August Von. *Os fundamentos da liberdade.* Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 474.

[594] Conforme citação proferida em conferência sobre "Crimes contra a Economia Popular": MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. *Direito Penal dos Negócios*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, p. 110. *apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 103/104.

exaltação unidirecional do garantismo penal limitado[595] (bem como dos chavões corolários: descriminalização, despenalização e desjudicialização) e a vigente fase histórica na qual a teoria e a prática da Ciência Criminal finalmente recalibram seu foco de atenção.

É evidente que a ocorrência de desvios ilegais no meio corporativo não pode ser aniquilada de forma absoluta, nem por meio do Direito Penal, nem por intervenção de qualquer outro ramo sancionador do ordenamento jurídico. A intenção de qualquer norma punitiva é – e sempre foi – a de controlar, mitigar e não eliminar por completo a possibilidade de infração, até porque tal meta é simplesmente utópica.[596]

O Relatório de Atividades do COAF referente ao ano de 2015[597] dá conta de que, desde 2006, o total das multas aplicadas pelo referido órgão chega a 6,1 milhões de reais. Já o Banco Central, cuja missão é fiscalizar o cumprimento normativo por parte de instituições financeiras, aplicou, no ano de 2016, multas que atingiram um valor cabal inferior a 200 milhões de reais.[598] Embora aparentemente elevados, ao menos para a maior parte da população brasileira, tais montantes se assemelham a dinheiro de bolso se comparados com as estratosféricas, inigualáveis

---

[595] Sobre o tema: MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. V. 17. N. 29. Rio de Janeiro: dezembro/2010, p. 185/199.

[596] Sobre a utopia da extinção definitiva do crime na vida em sociedade, vale trazer a lume a lição de Anabela Miranda Rodrigues: "O que se contesta, todavia, são velhos sonhos e utopias, tias como as de ´terminar com o crime', 'extirpar o crime da face da terra'. O crime é o outro lado da convivência social que, enquanto tal, é uma convivência regulamentada. Por isso, acompanhará indefectivelmente o ser humano e qualquer estrutura social. Não é possível ou sequer desejável terminar com o crime [...] uma atitude realista em relação à normalidade/inevitabilidade do problema-crime é a única defensável. Que permite, além do mais, evitar que se pague o preço da perda de liberdade pelo controlo total (utópico) da criminalidade." RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção).* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 387/388.

[597] Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/3-3-relatorio-de-atividades-2015_versao-site.pdf>. Acesso em: 21mar.2017. A informação referida encontra-se aposta na página 34.

[598] O valor exato é R$ 199.443.366,49 (cento e noventa e nove milhões, quatrocentes e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e seis reais e quarente e nove centavos), somadas as sanções aplicadas a instituições de arrendamento mercantil, bancos comerciais, bancos de investimento, consórcios, cooperativas, corretores, entre outras empresas. O texto integral do Relatório de Atividades BACEN/2016 está disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/fis/PAD/relat_gepad.asp?idpai=procadm&idRelatorio=5>. Acesso em: 21mar.2017.

e sempre progressivas margens de lucro ostentadas pelas instituições financeiras, em especial, no Brasil.

Corrobora essa assertiva o fato de que, mesmo em ambiente sabidamente recessivo, o banco Bradesco registrou lucro de R$ 4,1 bilhões apenas no terceiro trimestre de 2015 (alta de 6,1% em relação ao mesmo lapso do ano anterior) ao passo que o banco Santander obteve lucro de R$ 1,26 bilhão no mesmo período (alta de 135,7% em relação ao mesmo lapso do ano anterior).[599]

Os quatro maiores bancos atuantes no país (Banco do Brasil, Itaú, Bradesco e Santander) tiveram, em conjunto, lucro 46,5% maior no 1º semestre de 2015, em comparação com o mesmo período de 2014. No geral, as quatro instituições financeiras referidas acumularam ganhos na ordem de R$ 33,8 bilhões, sendo registrados valores não somente referentes ao incremento patrimonial (ativos totais), mas também da receita obtida com tarifas por prestação de serviços.[600]

Outrossim, noticiou-se que o maior banco privado do Brasil, o Itaú Unibanco, encerrou somente o primeiro trimestre de 2015 com lucro líquido de R$ 5,73 bilhões, valor 29,7% maior que o registrado no ano anterior.[601] Contraditoriamente, a página anterior do mesmo veículo jornalístico revelou que o banco HSBC estaria tentando alienar suas operações no Brasil (onde tem 800 agências e 375 mil clientes ativos), o que ocorre poucos meses após a descoberta de seu envolvimento e punição no estrangeiro por conta de esquema de ocultação patrimonial que será objeto de explanação posterior.

Bancos públicos ou que contam com participação majoritária do Estado também não ficam fora deste arquipélago de prosperidade situado no mar revolto de desemprego e miserabilidade crescente, como é o Brasil dos dias atuais. Tanto é assim que, superando o envolvimento em recente caso de corrupção e lavagem de ativos, que resultou, inclusive, na condenação de alguns de seus dirigentes e de colegas destes atuantes em instituição concorrente[602], o Banco do Brasil alcançou o

---

[599] Jornal O Globo, 30.10.2015, p. 24.

[600] Jornal O Globo, 14.08.2015, p. 21.

[601] Jornal O Globo, 06.05.2015, p. 20.

[602] É fato público e notório que, na Ação Penal n. 470/2005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal condenou, por lavagem de ativos e outros crimes, o agora ex-gerente de marketing

montante lucrativo de R$ 5,818 bilhões apenas no primeiro trimestre de 2015, obtendo, assim, um aumento de 117,3% em relação ao mesmo período do ano anterior.[603]

Por óbvio, não se afirma, a partir de tais dados, o envolvimento indubitável dessas instituições ou de seus dirigentes em quaisquer episódios delitivos específicos, mas tais dados permitem pelo menos duas constatações importantes:

(1) é absolutamente desarrazoada a alegação de que o estabelecimento de controles internos com o fim de evitar crimes cometidos por meio de serviços bancários teria um custo elevado, com o qual as instituições financeiras não teriam condições arcar. A alegação dos custos do cumprimento normativo antilavagem por instituições financeiras chega a ter conotação anedótica.[604] Ademais, o respeito à legalidade e à ética serve como ferramenta de boa publicidade e certificação da integridade da empresa junto aos consumidores de seus serviços;

(2) a mais elevada sanção administrativa possível para atos e omissões em descumprimento de obrigações antilavagem, de tão ínfima[605], sequer será notada se introduzida nos balanços periódicos de instituições financeiras, sendo perfeitamente assimilável como irrisório e insignificante item de despesa.

---

do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, bem como seus colegas Kátia Rabello e José Roberto Salgado, respectivamente, ex-presidente e ex-diretor do Banco Rural.

[603] Jornal O Globo, 15.05.2015, p. 21.

[604] No mesmo sentido, confira-se a preleção de Steven Mark Levy: “There is anecdotal evidence that costs of anti-money laundering compliance have indeed risen substantially for banks and other financial institutions since 2001, especially in the areas of transaction monitoring/reporting and employee training. But there is litle hard data, because it is difficult to separate the costs of compliance from other, normal business costs, and because compliance programs bring countervailing benefits that are hard to quantify, such as increased customer protection.” LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation: banking, corporate & securities compliance…* op. cit., p. 6.04. Em tradução livre: "Há evidências anedóticas de que os custos de conformidade com o combate ao branqueamento de capitais aumentaram substancialmente para os bancos e outras instituições financeiras desde 2001, especialmente nas áreas de monitoramento/notificação de transações e treinamento de funcionários. Mas há poucos dados rígidos, porque é difícil separar os custos de conformidade de outros custos comerciais normais e porque os programas de conformidade trazem benefícios compensatórios difíceis de quantificar, como o aumento da proteção ao cliente."

[605] Relembre-se que, nos termos do artigo 12, II, ´c´ da Lei n. 9.613/1998, o teto para o sancionamento pecuniário é de 20 milhões de reais.

De lege ferenda, na intenção de aplacar a atratividade lucrativa das operações de lavagem de ativos para instituições financeiras e seus membros e com base nos postulados da teoria da escolha racional, é de se refletir sobre a plausibilidade da eliminação de quaisquer valores máximos para o sancionamento pecuniário administrativo, o qual deveria, no mínimo, equivaler ao montante de recursos que se pretende ou se pretendia ocultar.

A conclusão que resta diante do vigente quadro circunstancial é uma só: nos termos do vigente Direito Administrativo sancionador, lavar dinheiro no Brasil continua sendo um excelente negócio, ao menos quanto à relação entre os custos punitivos e os benefícios lucrativos de tal conduta.

A imprescindibilidade da intervenção penal do Estado em face da criminalidade econômica e de suas características peculiares já era enfatizada, há décadas, por João Marcello de Araujo Junior[606], como se verifica a seguir:

> [...] embora saibamos que não será exclusivamente com o Direito Penal que iremos resolver os seriíssimos problemas que enfrentamos em matéria financeira. Nada obstante, diante das características peculiaríssimas de que se reveste a criminalidade do "colarinho branco", cremos (a palavra é adequada...) que o Direito Penal poderá contribuir, ainda que modestamente, para a colocação de diques às manifestações dessa moderna forma de criminalidade. Tem sido assim no mundo inteiro.

Nessa linha, mesmo sem deixar de reconhecer a importância das punições administrativas para infrações de menor gravidade a da preservação do caráter subsidiário do ordenamento criminal[607], há de se alertar também para a possível

---

[606] ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica.* São Paulo: RT, 1995, p. 147.

[607] O significado da fórmula da *ultima ratio* tem sido discutido e, por vezes, deturpado no que atine à relação entre Direito Penal e Direito Administrativo. Em muitos casos, o Direito Penal representa até mesmo o controle menos gravoso, uma vez que as providências administrativas preventivas afetam a generalidade dos membros da socidade, inclusive os que se comportam conforme a legislação, enquanto as proscrições do Direito Penal concentram-se sobre condutas individuais de infratores. Na Alemanha, o controle administrativo mais intenso ocorre exatamente no âmbito da fiscalização de bancos, sob a forma de imposição do exame obrigatório de balanços por auditores, o que, entretanto, não conseguiu evitar a prática de ilicitudes que geraram prejuízos bilionários, tal como no caso *Neuer Market*. Este e outros eventos fraudulentos constituem provas robustas de que controles administrativos podem ser úteis e complementares, mas não são autossuficientes. Acertada, portanto, a conclusão de Schünemann no sentido de que não é sustentável a tese de que o controle penal é sempre menos eficiente, sobretudo, no tocante à atuação de instituições financeiras e grandes empresas do mercado de valores mobiliários. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado democrático liberal. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 78/79.

fraude de etiquetas[608] e admitir que não há como afastar a imprescindibilidade da intervenção penal do Estado com vistas a equilibrar o exercício de liberdades econômicas, o que se afirma não com o fim de ameçar ou intimidar quem quer que seja, mas objetivando a preservação da legítima expectativa da sociedade em torno do ideal constitucional de um sistema econômico-financeiro justo e, em especial, livre de forças delinquentes.[609]

Aliás, o vigente cenário motivou a emblemática declaração do agora ex-Ministro, Joaquim Barbosa[610], quando o mesmo ainda se encontrava na presidência do Supremo Tribunal Federal:

> Enquanto as instituições financeiras não visualizarem a possibilidade de serem drasticamente punidas por servirem de meios para a ocultação da origem ilícita de valores que se encontram sob a sua responsabilidade, persistirá o estímulo à busca do lucro, visto

[608] Em algumas hipóteses, abolir ou afastar o Direito Penal equivale a uma fraude de etiquetas, pois o sancionamento pode ser veiculado com outra roupagem, até de forma mais incisiva e menos garantista sob a ótica processual-investigativa. Nesse aspecto, a almejada fuga do Direito Penal pode acabar resultando em futuro desejo de retorno ao Direito Penal. Cf. QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 103. Cite-se, a título de exemplo ilustrativo, o regime punitivo de cunho supostamente administrativo previsto na Lei n. 12.846/2013, que fixa sanções aplicáveis a pessoas jurídicas muito mais rigorosas do que as previstas pelo ordenamento penal (ex.: a publicação da decisão condenatória em veículos de comunicação de grande circulação, conforme artigo 6º, II e parágrafo 5º).

[609] Por óbvio, o Direito Penal não pode ter o objetivo de ameaçar ninguém, mas sim busca fundar a noção de que determinados valores são objeto da legítima expectativa de que os indivíduos irão se abster de comportamentos que os afetem. A finalidade do Direito Penal será alcançada se a citada sensação de segurança restar consolidada, não em sentido meramente simbólico e passageiro, mas como decorrência da constatação de real e útil proteção dos referidos valores. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial... op.cit., p. 271/272.

[610] Trecho do discurso proferido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, em seminário sobre lavagem de capitais promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. Notícia publicada em 11.03.2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/controle-de-bancos-leniente-com-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 11.06.2015. No mesmo diapasão, segue o relato de Lilley: "Tive recentemente uma conversa muito intrigante com um velho banqueiro que salientou um fato interessante. Embora seja verdade que todos os bancos estão preocupados com os desdobramentos da lavagem de dinheiro, ele não conseguiu se lembrar de nenhum banco que tenha sido fechado ou mesmo severamente advertido por haver se envolvido nesses negócios sujos [...] O crime só poderá ser bem-sucedido quando os recursos gerados puderem ser usados sem que se conheça sua origem. Além disso, as atividades criminosas continuam se expandindo porque o dinheiro lavado é em seguida reinvestido em empresas. A lavagem de dinheiro é o instrumento crítico que possibilita tudo isso. Trata-se de um processo consolidado, dinâmico e circular, que só será interrompido quando o mundo empresarial legítimo implementar com seriedade procedimentos sólidos e coerentes contra a lavagem de dinheiro, e as autoridades competentes tomarem medidas drásticas contra as jurisdições, as pessoas e as instituições que possibilitam o ciclo de lavagem." LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais... op. cit., p. 193/194.

> como combustível ao controle leniente que bancos fazem sobre a abertura de contas e sobre a transferência de valores [...] É preciso que todos aqueles que violam essas leis saibam que não poderão considerar a criminalidade uma atividade lucrativa e tampouco entender que suas ações possam ganhar a aparência de legitimidade em razão da eventual omissão do poder público.

Mesmo reconhecendo a necessidade de prudência no uso do Direito Penal, não se pode, sob este pretexto, chancelar o discurso de que santifica o mercado e ignora as significativas manobras criminosas nele havidas, tachadas propositalmente como normais ou como males menores. Sobre esse tema, mesmo sendo considerado um dos maiores críticos do Direito Penal na defesa de direitos fundamentais individuais, Eugenio Raúl Zaffaroni não deixou de externar sua preocupação com as dificuldades que se verificam para a punição de agentes financeiros coniventes com a criminalidade de poderosos:

> Há muitas dificuldades para sancionar alguns responsáveis – como os gestores de bancos – porque uma vez produzido o dano, se requer seu know how para sair da crise que eles mesmos produziram e, além disso, operam sobre os políticos anteriormente por meio de suborno, o financiamento sujo de suas campanhas e outras formas de corrupção ou, posteriormente, por meio de extorsão, valendo-se muitas das vezes de sua total ignorância em matéria econômica [...] O imenso poder de lobby (ou corrupção mais ou menos ostensiva e institucionalizada) que manejam esses poderes financeiros dificulta qualquer legislação nacional ou internacional, ou ainda tratam de infiltrar nelas disposições discretas que lhes garanta impunidade. Uma forma realmente eficaz consiste em dominar o treinamento e infiltrar nos próprios organismos internacionais burocratas previamente formados por seus Think Tanks acadêmicos. Não esqueçamos que mantêm centros especializados na formação de técnicos cegos, verdadeiras máquinas humanas a sua medida [...] Os políticos manifestarão aversão ao risco e não verão com bons olhos a extensão do poder punitivo e atos do poder econômico-político, nos quais muitas vezes intervêem por sua incapacidade ou ignorância. Com certeza, qualificarão como ditadura judicial (ou outras expressões semelhantes) essas tentativas de criminalização de seus atos devastadores.[611]

Sobre a complacência de Estados e órgãos de controle no combate à criminalidade econômico-financeira, o referido autor arremata:

> É óbvio, portanto, que embora o direito penal deva fazer um esforço para abarcar pelo menos estas condutas grosseiras, o certo é que esse esforço nunca terá resultado preventivo dos enormes danos sociais massivos que provocam, na medida em que os Estados e o direito internacional não reparem a incapacidade ou corrupção de seus próprios órgãos de controle financeiro.[612]

---

[611] RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. O papel do direito penal e a crise financeira. In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 15.

[612] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*: negócios ilícitos transformados em atividades legais... op. cit., p. 19.

Como é cediço, o artigo 12 da Lei n. 9.613/1998 estabelece sanções para o descumprimento das obrigações de colaboração antilavagem fixadas no artigo 9º, que vão desde a multa (com base no valor da operação, respeitado o teto de vinte milhões de reais) à interdição de atividades. Embora nada seja mencionado legalmente no sentido de fixar ou excluir o sancionamento penal, o silêncio do legislador é interpretado por uma corrente doutrinária no sentido que a omissão do cumprimento dos deveres citados enseja, no máximo, a aplicação das sanções administrativas referidas.[613]

O princípio da independência das instâncias, a necessária interpretação sistemática do ordenamento jurídico-penal e a diversidade do interesse jurídico tutelado, respectivamente, pelas normas administrativas e penais sobre o tema tornam o entendimento supracitado inapropriado.

A maior parte da doutrina posiciona-se no sentido da indiferença qualitativa entre ilícitos penais e administrativos. Portanto, a distinção entre a infração penal e a administrativa não é ontológica, senão puramente formal. Destarte, o ilícito penal é investigado por meio de processo judicialmente conduzido e pode resultar na mais incisiva sanção individual permitida pelo ordenamento jurídico, qual seja: a privação da liberdade de locomoção. Noutro giro, o ilícito administrativo é investigado por autoridades e órgãos extrajudiciais, que podem aplicar sanções tipicamente administrativas (multa e interdição de atividades). A escolha por um ou outro caminho é uma questão política a ser decidida, pelo legislador, com base na gravidade social do respectivo comportamento ilícito.[614]

---

[613] Embora reconheça a iminente tendência de que o Brasil estenda às empresas do setor econômico-financeiro a responsabilidade penal por lavagem de ativos, uma corrente doutrinária sustenta que a lei de regência teria sido clara ao fixar responsabilidade exclusivamente administrativa para a inobservância das regras de *financial compliance* e uma postura contrária importaria em viciar um instrumento preventivo, utilizando-o, indevidamente, como indevido reforço de intenções repressivas. Segundo essa visão, tal situação resultaria em indesejável ampliação do conceito de autor e preocupante deturpação da teoria do crime de infração de dever, ainda que não se utilize tal nomenclatura explicitamente. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 205.

[614] Não há diferença ontológica entre crime ou delito, contravenção e ilícito administrativo. As três categorias envolvem rótulos sobre comportamentos que violam valores sociais com intensidades diferentes e essa distinção é considerada pelo legislador para fins de estabelecimento de respostas com graus de rigorosidade diferenciados em função da conveniência da política criminal. Portanto, a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo pertence ao campo da política legislativa, tendo em vista a busca de maior eficácia social. Sobre o tema: REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. Número 28. São Paulo: RT, outubro-

A seu turno, o princípio da independência das instâncias consiste no reconhecimento da autonomia relativa entre as searas cível, penal e administrativa quanto ao julgamento e sancionamento de comportamentos ilícitos.[615] Em outras palavras, o postulado referido assenta que, via de regra, uma mesma conduta supostamente contrária ao ordenamento jurídico pode, via de regra, ter suas consequências analisadas, simultânea e distintamente, nos três âmbitos, sem mútuas interferências. No entanto, esse desatrelamento não é absoluto, havendo sinais normativos claros de primazia da instância penal[616], o que se justifica ante a quantidade e qualidade das garantias processuais legalmente estabelecidas para apuração e possível punição do injusto criminal.

---

dezembro/1999, p. 123. No mesmo sentido: BAJO FERNANDÉZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvana. Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales.* Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 130. Reconhecendo o tema como ponto de política criminal-legislativa, é esclarecedora sistematização da relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador tecida por Fábio Roberto D´ávila: "[...] acreditamos ser possível concluir que a relação entre o direito penal e o direito sancionador de natureza administrativa, quando considerada a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, perfaz-se em diferentes espaços normativos, entre os quais, ora objeto do nosso interesse, estão o primeiro e o segundo: (a) o primeiro espaço normativo, vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa; (b) o segundo, formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo. E (c), por fim, haveria ainda um terceiro âmbito – que, pela brevidade deste estudo, não tivemos a oportunidade de considerar -, aquele que diz respeito ao espaço de tutela exclusiva do direito penal, o qual tem sido denominado, na doutrina alemã, de 'âmbito nuclear do direito penal', vedado a uma tutela meramente administrativa, e que, todavia, vai aqui referido apenas para fins de sistematização." D´ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner et al. (Coords.). *Política Criminal Contemporânea*: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 136.

[615] Vide, por exemplo, o teor do artigo 125 da Lei n. 8.112/1990: "Artigo 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si."

[616] Nesse sentido, eis o conteúdo do artigo 126 da Lei n. 8.112/1990: "Artigo 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria." No mesmo tom, confira-se o disposto no artigo 935 do Código Civil: "Artigo 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal." Por fim, citem-se os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal: "Artigo 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal , a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Artigo 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil : I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime."

Poder-se-ia argumentar no sentido da violação ao princípio do *ne bis in idem*, ou seja, estaria havendo dupla punição (administrativa e penal) do agente financeiro, sob o mesmo fundamento fático. Não é bem assim.

O princípio tácito do *ne bis in idem*, traduzido como direito fundamental à unicidade de reação punitiva estatal contra a mesma pessoa pela prática do mesmo fato ilícito, justifica apenas que, em casos de comportamentos graves em termos de danosidade social massiva (como o são os crimes econômico-financeiros), deve prevalecer a decisão da instância jurisdicional-criminal sobre a administrativo-disciplinar. Nessa perspectiva, a Administração Pública fica vinculada à decisão do Poder Judiciário sobre a conduta eventualmente sujeita à dupla tipificação, penal e administrativa.[617]

Nesse exato sentido, ou seja, rechaçando a exclusividade do sancionamento administrativo para a hipótese de descumprimento de obrigações de colaboração antilavagem por instituições financeiras, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, quando do julgamento da Ação Penal n. 470/2005, ao reconhecer que o descumprimento das tarefas antilavagem pode sim ensejar a punição dos dirigentes e prepostos de instituições financeiras por crime de lavagem de ativos, desde que sua omissão tenha efetivamente viabilizado a ocultação ou dissimulação do patrimônio criminosamente obtido pelo cliente. Em adendo, concluiu o Supremo Tribunal Federal que o sancionamento criminal na hipótese não prejudica a devida responsabilização administrativa da instituição e dos profissionais atuantes, matéria a ser analisada pelo Banco Central.

Sobre o tema, vale transcrever um trecho do voto do Relator do processo aludido, o então Ministro Joaquim Barbosa, no qual é invocado o interessante depoimento de um ex-preposto do Banco Rural que bem ilustra como um programa de *compliance* meramente cosmético ou de fachada pode mascarar um esquema de facilitação da lavagem de ativos criminosamente auferidos:

> O SR. CARLOS GODINHO - O relatório “Movimentação acima dos padrões” é um relatório que não tem uma interferência humana. Ele é baseado em um algoritmo desenvolvido pela área de compliance, em conjunto com as outras áreas do Banco Rural, onde ele analisa algumas movimentações dos clientes. [...] Esse programa foi desenvolvido onde mensalmente a gente analisa toda a movimentação dos clientes; faz um batimento da movimentação contra o cadastro do cliente para verificar se aquela movimentação é

[617] Nesse sentido: SABOYA, Keith. *Ne bis in idem:* história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 283/284.

> compatível com o faturamento ou a renda mensal do cliente. Quando ultrapassa alguns parâmetros, esse relatório é impresso por região, por agência e por cliente. É emitido, enviado para as agências, juntamente com o gerente da conta e com o diretor regional, e ele faz uma justificativa daquelas movimentações. Não havendo nenhum indício, conforme o diretor regional ou o gerente da conta, esse relatório volta para a inspetoria para poder ficar arquivado no Banco Central pelo período de cinco anos. Paralelo a isso, existe um outro relatório que é o "Conheça seu cliente". Esse a gente faz um pente-fino dessa movimentação toda, e pinça dali os casos mais gritantes. Por exemplo, cinco vezes o faturamento, dez vezes o faturamento, quinze vezes o faturamento e atividades específicas como joalheria, como factoring, Igreja evangélica, associações, que são determinantes para o Banco Central, que é um grupo de atividades de alto risco.Esse relatório é enviado diretamente para o diretor, e este, mais uma vez, dá a assinatura dele e justifica o porquê daquele cliente estar ali. Se o faturamento dele estiver errado, que faça uma alteração cadastral; se a movimentação superou a previsão do faturamento dele, que ele justifique por que aumentou.Então, esses dois relatórios não têm interferência de ninguém; ninguém elabora, é o computador, com base no algoritmo, que imprime esse relatório. O relatório semestral é estipulado pela Resolução 2554, do Banco Central, em que toda a área de controle do Banco, envolvendo compliance, auditoria, inspetoria, faz um levantamento das irregularidades apontadas e apresenta para o gestor daquele processo acertar a ocorrência e dar uma data prevista para isso. Esse relatório é enviado ao Conselho de Administração para tomar ciência, à Auditoria Interna, que está no órgão de staff do Conselho de Administração, e à Auditoria Externa. [...] Agora, esse é um relatório que tem interferência humana. Certo? Ou seja, o que está escrito ali pode ser mudado de acordo com o diretor, com um membro de uma hierarquia superior que não concorda com aquilo... o Banco Central chamou a atenção do Banco Rural, que nunca tinha informado ninguém com indícios de lavagem de dinheiro. Então, depois de uma inspeção globalizada, eles recomendaram que o Banco tinha de informar. Mesmo assim, essas operações que apresentavam indícios não foram informadas.[618]

No referido caso concreto, além das advertências do Banco Central sobre a ausência de comunicações devidas, o próprio funcionário em questão recebeu ordens para deixar de alertar os órgãos internos sobre o descumprimento contumaz das obrigações de colaboração antilavagem por parte da mencionada instituição financeira, o que culminou com sua demissão, como se verifica a seguir:

> O senhor saiu do Banco Rural em que circunstâncias? Pediu demissão ou foi demitido? O SR. CARLOS GODINHO - É o seguinte: não foi nem uma nem outra. Foi no que eles intitularam de PDV, Plano de Desligamento Voluntário. Mas existiu um porquê disso: eu não quis fazer parte de uma proposta que foi feita para o compliance assumir a falha nos processos [...] O senhor fez Boletim de Compliance em relação aos empréstimos noticiados nesta denúncia? O SR. CARLOS GODINHO - Fiz uma vez só e me mandaram parar de fazer.[619]

[618] Supremo Tribunal Federal, Ação Penal n. 470/Minas Gerais, Tribunal Pleno, trecho do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2012, Inteiro teor, p. 3015/3016 e p. 3073.

[619] Supremo Tribunal Federal, Ação Penal n. 470/Minas Gerais, Tribunal Pleno, trecho do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2012, Inteiro teor, p. 3019.

5.6.1 A situação das instituições financeiras

A partir de programas informatizados, instituições financeiras que atuam na captação e transmissão de recursos podem gerar perfis de advertência como uma ferramenta para detectar transações suspeitas de lavagem de ativos. Esse processo envolve a coleta de informações sobre o perfil dos clientes e de seus movimentos financeiros habituais para estabelecer padrões de comportamento financeiro compatíveis com a renda lícita dos mesmos, que deve ser não somente afirmada, mas, sobretudo, documentalmente comprovada e checada. Também por meios eletrônicos, tais arquétipos comportamentais concretos devem ser confrontados com os tipos abstratos de transações suspeitas normativamente definidas, cuja notificação é obrigatória

Assim, de acordo com as características de cada operação, o sistema informatizado seria capaz de gerar alertas sobre a frustração de expectativas comportamentais, o que sinalizaria uma operação de legalidade duvidosa. Esta técnica de estabelecimento do perfil de clientes já é amplamente utilizada como estratégia de marketing e fidelização de consumidores a partir da oferta de serviços financeiros customizados, podendo, com igual vigor, colaborar para a revelação da utilização do sistema financeiro para lavagem de ativos. O desafio a ser alcançado é viabilizar o uso de mecanismos estatísticos para a análise da frequência e da capacidade particular do cliente para determinados tipos de transações econômicas.[620]

Entre as várias técnicas disponíveis, destaca-se o método das “árvores de classificação”[621], que permite a consideração conjugada de variáveis negociais independentemente do conhecimento do cliente. Por meio dessa ferramenta tecnológica, é possível, por exemplo, prever a frequência e capacidade de um cliente em relação à realização de determinada operação com base em dados facilmente verificáveis e de rápida obtenção. Evidentemente, a intenção de tal sistema de controle é apenas de gerar um primeiro sinal de alerta para transações

---

[620] LOZANO VILA, Alberto. *El perfil financiero*: una estrategia para detectar el lavado de activo. In: Revista Criminalidad. V. 50. N. 2. Bogotá: novembro/2008, p. 53/54.

[621] Ibid., p. 54.

suspeitas, que deverá ser complementado com outros critérios, como, por exemplo, o *scoring* (ranqueamento) das operações de maior risco e a formatação de listas verdes, isto é, o alistamento de clientes que, em razão de sua atividade econômica ou profissional, possuem tendência normal e lícita para executar operações fora do perfil habitual.

À vista do esperado papel a ser cumprido pelas instituições financeiras, volta-se a invocar o depoimento do ex-funcionário do Banco Rural prestado na Ação Penal n. 470/2005 (caso Mensalão), no qual se denota a plena possibilidade de implantação de programas informatizados nos moldes citados, cujos alertas emitidos, no caso concreto, foram intencionalmente desconsiderados por ordem de superiores hierárquicos:

> O SR. CARLOS GODINHO - O relatório "Movimentação acima dos padrões" é um relatório que não tem uma interferência humana. Ele é baseado em um algoritmo desenvolvido pela área de compliance, em conjunto com as outras áreas do Banco Rural, onde ele analisa algumas movimentações dos clientes. [...] Esse programa foi desenvolvido onde mensalmente a gente analisa toda a movimentação dos clientes; faz um batimento da movimentação contra o cadastro do cliente para verificar se aquela movimentação é compatível com o faturamento ou a renda mensal do cliente. Quando ultrapassa alguns parâmetros, esse relatório é impresso por região, por agência e por cliente. É emitido, enviado para as agências, juntamente com o gerente da conta e com o diretor regional, e ele faz uma justificativa daquelas movimentações. Não havendo nenhum indício, conforme o diretor regional ou o gerente da conta, esse relatório volta para a inspetoria para poder ficar arquivado no Banco Central pelo período de cinco anos.

É sabido que o ordenamento jurídico penal pátrio prevê apenas uma possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas, sendo a hipótese contemplada nos artigos 173, § 5º[622] e 225, § 3º, ambos da CR/88[623], que vêm a ser complementados pelos artigos 3º[624] e 22[625] da Lei n. 9.605/1998, que dispõe sobre crimes contra o meio ambiente.

---

[622] Eis o teor: "Artigo 173. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

[623] Eis o teor: "Artigo 225. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

[624] Eis o teor: "Artigo 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."

Sendo assim, em relação às instituições financeiras que desacatem os mandamentos antilavagem dispostos na Lei n. 9.613/98 e nos atos administrativos normativos do BACEN, restarão aplicáveis apenas as sanções previstas no artigo 12 da Lei citada (advertência, multa no valor máximo de vinte milhões de reais e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento), uma vez que o ordenamento pátrio ainda não prevê o sancionamento criminal de pessoas jurídicas pela prática do crime de lavagem de ativos.

Registre-se, no entanto, que a redação do já mencionado artigo 173 CR/88 deixa em aberto tal possibilidade ao mencionar a dignidade punitiva que recai sobre atos praticados contra a ordem econômica e financeira. Aliás, esta é uma tendência iminente, segundo reconhecem até mesmo os que se mostram contrários à própria tipificação do crime de lavagem de ativos.[626]

5.6.1.1 O direcionamento político-criminal do combate à lavagem de ativos: entre a responsabilização penal individual e institucional

Conforme já declarado e reiterado, a legitimidade da responsabilização penal de pessoas jurídicas não integra o foco de atenção do presente estudo, isto por se tratar de tema já abordado por farta literatura e, de certa forma, já assentado jurisprudencialmente.[627] No entanto, alguns pontos relativos à imputação criminal

---

[625] Eis o teor: "Artigo 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações."

[626] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 244. Noutro giro, a despeito dos inúmeros defeitos apontados na lei ambiental brasileira, Shecaira assevera que a inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil constituiu um grande avanço ao propiciar maior efetividade em termos de prevenção geral positiva. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 357.

[627] Segundo a opinião dominante, as pessoas jurídicas de forma geral podem ser destinatárias de normas imputadoras de responsabilidade penal. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico.* Parte general y especial. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 178. São dois os principais

individual no âmbito empresarial tangenciam, indubitavelmente, o referido assunto. Além disso, cabe refletir, a título de política criminal, sobre a eventual adequação da responsabilização penal de instituições financeiras pela prática do crime de lavagem de ativos, bem como se essa medida deve subsistir em conjunto ou substituir o vigente sistema de punição exclusiva de pessoas físicas.

O agrupamento de indivíduos cria, em determinadas condições, um ambiente que facilita ou incita o cometimento de infrações por parte dos indivíduos que o compõem, tanto para benefício particular, quanto para benefício do próprio agrupamento. Daí a ideia fundamental de responsabilizar não somente os autores materiais, mas também o próprio agrupamento. Na realidade contemporânea, a maior parte dos delitos econômicos são cometidos por intermédio de pessoas jurídicas empresárias, o que as afasta da exceção e as coloca em posição central como veículos de criminalidade. Lastreado nessa percepção, Tiedemann[628] assinala: "La correcta organización de la agrupación constituye um criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma."

Como já explicitado no tópico referente às diretrizes de sentenciamento criminal institucional (item 4.4.4.3), a discussão em torno dos programas de *compliance* ganhou a atenção dos penalistas quando, por meio do referido de norma expressa, a organização interna da corporação passou a servir de critério para dosagem de sua responsabilidade penal.

A partir de então, discute-se se o crime cometido no bojo da atividade empresarial deve ensejar apenas a punição individual, apenas a punição da pessoa jurídica ou a punição tanto dos membros, quanto da entidade em nome e em benefício da qual o delito foi cometido.

---

objetivos perseguidos pela instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica: (1) impedir a fruição pela pessoa jurídica dos benefícios e vantagens decorrentes do cometimento do delito praticado no seu interesse e (2) fomentar que os órgãos diretivos impeçam o cometimento de delitos na empresa ou por meio dela. Cf. BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Barcelona: Bosch, 1998, p. 365/366. As condições legais para configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica são: (1) o delito deve ser praticado pelos representantes legais, administradores de fato ou de direito da pessoa jurídica, bem como por aqueles que estão, de alguma forma, submetidos à autoridade destes; (2) o delito deve ser praticado em nome ou por conta da pessoa jurídica e em seu proveito. Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. Societas delinquere potest? Desafios e perspectivas da reforma do código penal espanhol. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Organizadores). *Direito Penal como crítica da pena.* São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 503.

[628] TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 11. São Paulo: RT, julho/1995, p. 36.

Alguns diplomas normativos internacionais estabelecem a responsabilização penal autônoma de pessoas jurídicas, ou seja, sem prejuízo da responsabilização penal das pessoas físicas que tenham atuado na comissão do delito, como fazem, por exemplo, a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto n. 5.015/2004, artigo 10) e a Convenção contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006, artigo 26). No Brasil, dispõe nesse mesmo sentido o teor da meta ENCCLA n. 06/2008[629] e do artigo 41 e parágrafos do Projeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei n. 236/2012).[630]

No campo doutrinário, Sérgio Salomão Shecaira[631] sustenta que a instituição empresarial está em posição de garante frente a seu empregado, devendo ser responsabilizada quando possa e deva atuar para evitar o resultado, mas assim não ocorra. Por conseguinte, a corporação pode ser responsabilizada não somente por deliberar e praticar um ato ilícito, mas também por não impedir que o mesmo seja praticado em seu benefício. No mesmo tom, Fausto Martin De Sanctis[632] defende que, mais do que a admissibilidade, a responsabilidade penal autônoma de

---

[629] Meta ENCCLA n. 6/2008: "Apresentar anteprojeto de norma para disciplinar a responsabilidade da pessoa jurídica também pela prática de atos ilícitos relacionados à lavagem de dinheiro, a ações de organização criminosa contra a administração pública nacional ou estrangeira e o sistema financeiro."

[630] Eis a redação do respectivo dispositivo: "Artigo 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.[...] § 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos nesse artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la."

[631] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: uma perspectiva del derecho brasileño. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 336.

[632] DE SANCTIS, Fausto Martin. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade empresarial moderna.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. A doutrina estrangeira também considera que o aumento da criminalidade no âmbito empresarial é uma realidade que não se pode continuar a bagatelizar. Na Alemanha, por exemplo, estima-se que 80% dos casos dos crimes econômicos são cometidos sob o manto da personalidade jurídica de uma empresa. Com base nessa realidade, valora-se a seguinte preleção de Hirsch, citado por Giorgio Marinucci: "Es injustificable que un hecho sea para el autor individual um ilícito criminal y no lo sea para la empresa que está a sus espaldas: es un privilegio sin justificación objetiva." MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidade penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos e al (Coords.). *Estudios Penales em homenaje a Enrique Gimbernat.* Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1198/1199.

corporações é um imperativo de eficácia e equidade punitiva no Direito Penal hodierno, sendo essa premissa reconhecida por variados ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Adán Nieto Martín acrescenta que a finalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica não é substituir ou excluir a responsabilidade individual das pessoas fisicas que a integram na condição de gestores ou subordinados, mas tão somente fazê-la mais efetiva. O objetivo primordial da responsabilização penal das empresas é fomentar a adoção de medidas de reorganização estrutural que, a um só tempo, permitam o esclarecimento do ilícito ocorrido (ex.: individualização das condutas criminais praticadas e reparação dos danos) e previnam a ocorrência de novos comportamentos delitivos, uma vez que, seja por sua função social, seja pelos benefícios econômicos que auferem com suas atividades, as corporações empresariais estão em melhores condições que o Estado para controlar diretamente o comportamento de seus agentes.[633]

Também baseada em tais conclusões, uma parcela da doutrina estrangeira defende não haver qualquer evidência de que o sancionamento exclusivo da corporação ou do indivíduo seja o melhor caminho. Portanto, para fins de resguardar as legítimas expectativas sociais, a solução mais adequada e equânime parece ser a previsão do sancionamento criminal tanto da pessoa jurídica, quanto dos empregados responsáveis, nos termos sustentados por Geis e Dimento[634]:

> Punishing the corporation alone might well induce it to clean up its act, but such punishment, almost always a fine, could be regarde as not much more than an unfortunate consequence –

[633] Nesse sentido, afirma Nieto Martín: "[...] la responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades públicas. La eficacia de este self policing descansa sobre una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de suas agentes." NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad de las personas jurídicas*: esquema de un modelo de responsabilidad penal, p. 05. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal>. Acesso em: 28set.2015.

[634] GEIS, Gilbert; DIMENTO, Joseph. Should we prosecute corporations an/or individuals. In: FRANK, Pearce; LAUREEN, Snider (Coords). *Corporate crime*: contemporary debates. Toronto: University of Toronto Press, 1995, p. 84. Em tradução livre: “Punir a corporação sozinho poderia muito bem induzi-la a limpar seu ato, mas tal punição, quase sempre uma multa, poderia ser considerada como não muito mais do que uma conseqüência infeliz - alguma má sorte - e registrada como outro item de custo de se fazer negócios. Punir o autor e a corporação juntos parece oferecer a melhor dissuasão [...] as sanções criminais podem ser um método eficaz de dissuadir o comportamento empresarial ilícito somente quando a corporação e seus oficiais (empregados) individuais são processados com igual fervor.”

> some bad luck – and written off as another cost of doing business. Punishing perpetrator and corporation together appears to offer the best deterrence […] criminal sanctions can be an effective method of deterring illicit corporate behavior only when the corporation an its individual officers are prosecuted with equal fervor.

Nos EUA, onde a punibilidade de crimes econômico-empresariais tem maior tradição, a impressão doutrinária é a de que são imensas as dificuldades nesse campo, sendo comparável à batalha entre Davi (representado, nesse caso, pelos órgãos de persecução penal) e Golias (representado pelas megacorporações e seus executivos). Nesse contexto, difunde-se a ideia de que grandes empresas seriam muito grandes para falhar ou falir (*too big to fail*), em especial os bancos de *Wall Street*, que também seriam, com igual vigor, muito grandes para se submeterem às consequências inerentes ao processamento (*too big to prosecute*)[635] sancionamento penal (*too big to jail*), conforme a impressão de Garret[636]:

> Some companies are not just “too big to fail” but also “too big to jail”: they are considered to be so valuable to the economy tha prosecutors may not hold them accountable for their crimes. The expression “to big to jail” has mostly been used to refer to failures to prosecute Wall Street banks […] The phrase “too big to fail” has been widely used in the wake of the last financial crisis. Some fear the government may have encouraged what economists call a “moral hazard” - the biggest banks know they are so vital to the global financial system that the government will save them if they are in troble, knowledge that encourages them to take risks tha can push them to the brink.

A preocupação em torno da ideia de que corporações são importantes demais para serem punidas estende-se a seus membros que, frequentemente, não são investigados, processados ou condenados em episódios criminosos envolvendo instituições financeiras, que têm feito dos acordos processuais legalmente previstos

---

635 BLACK, William K. *The best way to rob a bank is to own one*: how corporate executives and politicians looted the S&L Industry. Texas: University of Texas Press, 2005, p. 286.

636 GARRET, Brandon L. *Too big to fail*: how prosecutors compromise with corporations. London: Harvard University Press, 2014, p. 02. Em tradução livre: “Algumas empresas não são apenas "grandes demais para falhar (falir)", mas também "grandes demais para a prisão": elas são consideradas tão valiosos para a economia que os promotores não podem responsabilizá-las por seus crimes. A expressão "grande demais para a prisão" tem sido usada principalmente para se referir a falhas de processar os bancos de Wall Street [...] A frase "muito grande para falhar (falir)" tem sido amplamente utilizada na esteira da última crise financeira. Alguns temem que o governo possa ter encorajado o que os economistas chamam de "risco moral" - os maiores bancos sabem que são tão vitais para o sistema financeiro global que o governo vai salvá-los se estiverem com problemas, conhecimento que os encoraja a assumir riscos que podem empurrá-los para a beira do abismo.”

nos EUA apenas mais um item entre os custos de se fazer negócios. Nesse sentido, Stephen Platt[637] assim opina:

> A ameaça de ação penal contra os diretores é o fator mais importante à medida em que entramos em uma era na qual o risco de manchar a reputação da instituição financeira perdeu o sentido. A desonra pública não é suficiente. Não apenas é impossível que usuários acompanhem em detalhes quais são os bancos que vêm trabalhando em conluio com o crime, como também eles não podem simplesmente desistir de usar os bancos.

Nesse campo, é comum a invocação do argumento do avestruz (*ostritch defense*[638]), ou seja, a alegação defensiva de dirigentes corporativos de que nada sabiam sobre o que se passava nas próprias empresas que comandavam ou sobre maus funcionários, chamados de maçãs podres (*bad apples*), como se não houvesse meios de controlá-los ou impedi-los em seus atos criminosos.[639] Não por outra razão, em cerca de dois terços dos casos criminais envolvendo acordos de não persecução nos EUA (*deferred prosecution* e *non-prosecution agreements*), a instituição é sancionada de alguma forma, sem que qualquer de seus empregados ou dirigentes sejam processados ou apenados.[640]

---

[637] PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso...* op. cit., p. 280.

[638] Sobre este comportamento similar à defesa de avestruzes em face de seus predadores (daí se falar em *ostritch defense* ou, em tradução livre, defesa do avestruz*)*, eis o relato doutrinário: "[...] ostritches do not really hide their heads in the sand. They defend themselves with their powerful beak and legs, and when confronted by their largest predators, they can run away at speeds over forty miles per hour. The evocative image of na ungainly ostrich with its head in the sand is, as Judge Richard Posner puts it, ´pure legend and a canard on a very distinguished bird'. Unlike real ostriches, some criminals do put their heads in the sand to escape the largest predators in the legal kingdom: the prosecutor. Corporations may argue that managers did not know abou the conduct of ´rogue employess´ or ´bad apples´." GARRET, Brandon L. *Too big to fail*: how prosecutors compromise with corporations… op. cit., p. 79. Em tradução livre: "[...] os avestruzes não escondem realmente suas cabeças na areia. Eles se defendem com seu poderoso bico e pernas, e quando confrontados com seus maiores predadores, eles podem fugir em velocidades superiores a quarenta milhas por hora. A imagem evocativa de um avestruz desajeitado com sua cabeça na areia é, como diz o juiz Richard Posner, 'pura lenda e um boato sobre um pássaro muito distinto'. Ao contrário dos verdadeiros avestruzes, alguns criminosos colocam suas cabeças na areia para escapar de um dos maiores predadores do reino legal: o promotor. As corporações podem argumentar que os gerentes não conheciam a conduta de 'maus empregados' ou 'maçãs podres'".

[639] Mesmo para os maus executivos, assim chamados de maçãs podres, haveria proteção, ao menos em face de eventuais sanções meramente pecuniárias. Nesse aspecto, noticia-se o crescente interesse pelo mercado de seguros em matéria de responsabilidade patrimonial e custos de defesa pessoal em ações judiciais (*Directors and Officers Liability Insurance* - D&O). No ano de 2014, o total de sinistros pagos no Brasil nesse setor superou os cem milhões de reais e o total recebido pelas seguradoras alcançou pouco mais de duzentos milhões de reais. Já em 2015, o total pago pelos contratantes desse produto cresceu mais de 60%, alcançando o montante de trezentos e sessenta e oito milhões de reais. Cf. Jornal Folha de São Paulo, 14.05.2016, p. 01

Em 09.09.2015, o Departamento de Justiça norte-americano, por intermédio da Vice-Procuradora-Geral dos EUA, Sally Yates, anunciou a adoção de uma nova política para o controle de crimes econômico-empresariais. Assim, promoveu-se a revisão do *United States Attorney´s Manual*, documento que orienta a atuação de procuradores federais norte-americanos, com o fim de centralizar sobre pessoas físicas o foco das investigações e punições por crimes do colarinho branco.

O documento modificador, assim chamado *Yates Memo* ou Memorando Yates, teve, como traço marcante, o condicionamento da firmação de acordos de leniência com pessoas jurídicas à identificação de todos os indivíduos responsáveis por ilegalidades havidas no meio corporativo, o que deveria ocorrer, via de regra, sem a oferta de imunidades individuais .

Segundo o entendimento doutrinário mais moderno[641], essa recente tendência em curso nos EUA decorreria das críticas pela incapacidade das autoridades em punir os agentes responsáveis pela crise econômica de 2008, denotando-se também a percepção de que a responsabilização dos indivíduos infratores contribui para incentivar mudanças no comportamento institucional e para promover a confiança no sistema de justiça criminal.

Ademais, ante a complexidade organizacional das modernas corporações, a identificação dos responsáveis e a individualização de condutas configurariam tarefas demasiadamente dificultosas sem o auxílio das próprias corporações envolvidas em ilegalidades, razões que parecem fazer com que esse movimento de responsabilização tanto de pessoas físicas, quanto de pessoas jurídicas por ilícitos econômico-empresariais também deva ser observado no Brasil.[642]

---

[640] GARRET, Brandon L. *Too big to fail*: how prosecutors compromise with corporations… op. cit., p. 13.

[641] FELDENS, Luciano; ARAUJO, Marcelo Azambuja. Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 197.

[642] Cite-se, como exemplo dessa tendência, o disposto no artigo 86, I da Lei n. 12.529/2011, que também condiciona a celebração de acordos de leniência conduzidos no âmbito do CADE à identificação individual dos responsáveis por ilícitos anticoncorrenciais. No mesmo tom, segue o artigo 16, I da Lei n. 12.846/2013.

Aliás, quanto à realidade nacional, desde meados de 2013[643], O Supremo Tribunal Federal vem rechaçando o princípio da heterorresponsabilidade, também chamado de teoria da dupla imputação necessária ou da responsabilidade por ricochete, posicionamento anteriormente pacificado no Superior Tribunal de Justiça[644], para o fim de consagrar o princípio da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, ou seja, a autonomia da aferição da responsabilidade penal institucional em relação à imputação direcionada a seus membros. O exato sentido do entendimento atualmente acolhido pelo Supremo Tribunal Federal é exposto na ementa do seguinte julgado[645]:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as

[643] Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 548.181, 1ª Turma, data do julgamento 06/08/2013, Primeira Turma, Relatora Min. Rosa Weber. Informativo n. 714.

[644] Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, o precedente que acolheu, originalmente, a teoria da dupla imputação, também chamada de responsabilidade penal por ricochete, foi fixado em julgado cuja ementa continha o seguinte trecho: "VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral." Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 564.960/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02.06.2005. Posteriormente, já acatando, expressamente, o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da autonomia ou autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça passou a manifestar-se na forma da ementa a seguir transcrita: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL.DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, ´O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.´ (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013,acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução." Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 39.173/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 06.08.2015.

[645] Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 548.181, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 06.08.2013.

> dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações [...] 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas.

Por conseguinte, com base no artigo 173, § 5º da CR/88[646], sem prejuízo da já existente possibilidade de imputação individual a pessoas físicas, crê-se que o estabelecimento do sancionamento penal de instituições financeiras pela prática do crime de lavagem de ativos contribuiria, em muito, para aumentar a efetividade do combate a essa modadalidade delitiva, sobretudo no tocante à identificação dos responsáveis internos, à individualização de suas condutas, à reparação dos prejuízos gerados e ao realinhamento institucional em relação ao ordenamento jurídico, o que se daria em atendimento ao ideal de prevenção de novos delitos.[647]

Sendo assim, com amparo na teoria da culpabilidade corporativa por deficiência organizacional e nos aportes da *compliance culture* (item 4.4.4), propõe-se a adoção dos seguintes dispositivos a serem acrescentados à redação da Lei n. 9.613/1998[648]:

---

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

[647] John Vervaele sustenta que a tipificação da lavagem de ativos deve incluir, pessoas físicas e jurídicas, tanto no que tange a punição do descumprimento da obrigação de reportagem à UIF, quanto no tocante a omissão de prevenção interna nas instituições financeiras: VERVAELE, John. *Delincuencia económica y lavado de activos*: ¿Un nuevo paradigma del sistema penal?, p. 45. Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/John_Vervaele/publications>. Acesso em: 11jun.2015. Na proposição de Victor Augusto Estevam Valente, a preferência punitiva deve ser estabelecida no sentido de privilegiar a linha antropocêntrica do Direito Penal, ou seja, atingir, primordialmente, apenas pessoas físicas. Somente em caso de total ou parcial indefinição de responsabilidades observada na atitude criminosa grupal (irresponsabilidade organizada), caberia responsabilizar a pessoa jurídica empresária, em caráter autônomo e residual. Cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada*: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curtiba: Juruá, 2015, p. 329.

[648] A proposição mencionada encontra amparo na experiência empírica de viés criminológico recentemente havida no estrangeiro. A referência é feita em relação à pesquisa de campo realizada, entre o fim do ano de 2012 e o início do ano de 2013, pelo Instituto Max Planck, da Alemanha, e coordenada por Ulrich Sieber e Marc Engelhart, na qual se concluiu, com base nas respostas dadas

Lavagem de ativos praticada por instituição financeira

Artigo 1º - A. A instituição financeira é responsável pelos crimes previstos nesta Lei quando cometidos por seus prepostos, representantes legais e administradores, no exercício da atividade econômica desempenhada pela entidade e em seu interesse ou benefício.

§ 1º. O disposto no artigo 1º - A desta Lei observará os conceitos fixados, respectivamente, nos artigos 1º e 25 da Lei n. 7.492/1986.

Circunstâncias atenuantes

§ 2º. São circunstâncias que atenuam a pena aplicável à instituição financeira:

a) A celeridade da comunicação do fato criminoso às autoridades estatais;

b) A colaboração com as autoridades estatais no sentido do fornecimento integral das provas disponíveis e da identificação individual dos funcionários e dirigentes responsáveis pelo crime;

c) A reparação dos danos causados pelo delito;

d) A adoção, posterior ao fato criminoso e anterior ao recebimento da denúncia, de medidas eficazes de reorganização e controle interno para prevenir novos delitos.

Do Regime Sancionatório

§ 3º. As penas aplicáveis à instituição financeira observarão, no que couber, o regime previsto no artigo 21 da Lei n. 9.605/1998, podendo o juiz fixar a pena de multa superando o limite previsto no artigo 49, § 1º do Código Penal até o valor correspondente a 100 (cem) vezes a quantia que se pretendia ocultar ou dissimular por meio do crime, bem como determinar a publicação da parte dispositiva da sentença condenatória em jornais de grande circulação, às custas da apenada.

§ 4º. Na fixação da natureza e da dosimetria das penas aplicáveis à instituição financeira pelos crimes previstos nesta Lei, serão observados os seguintes critérios:

a) o montante de bens, direitos e valores envolvidos no crime;
b) a capacidade econômica da instituição financeira;
c) o grau de acatamento institucional das normas legais e regulamentares pertinentes à prevenção e à repressão de delitos previstos nesta Lei.

Autonomia da responsabilidade penal da instituição financeira

§ 5º. A responsabilidade penal da instituição financeira é autônoma em relação às consequências cíveis e administrativas derivadas do crime, independendo também do indiciamento, processamento ou punição criminal das pessoas físicas que figurarem como autoras, coautoras ou partícipes do crime.

---

por dirigentes de empresas alemãs entrevistados, que o sistema punitivo considerado mais efetivo para combater crimes econômico-empresariais deve conjugar três fatores essenciais, sendo eles: (1) o sancionamento penal individual dos responsáveis diretos pela prática da infração penal com; (2) a responsabilização penal dos dirigentes da empresa, somente em caso de ausência ou deficiência no devido controle de prepostos e, por fim, (3) a responsabilização penal da corporação. Cf. SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes na Empirical Survey of German Companies*. Freiburg: Max-Planck-Institut, 2014, p. 218.

5.6.2 O papel dos membros de instituições financeiras e possíveis consequências penais: o delineamento da omissão punível

Uma vez reconhecida a ausência de vedação legal e o cabimento, em tese, do sancionamento penal por descumprimento da normativa antilavagem de ativos, há de se esclarecer qual a delimitação individual do papel dos membros da empresa em relação às obrigações antilavagem e as possíveis consequências penais de seu descumprimento.

O núcleo das discussões acerca da lavagem de ativos no âmbito empresarial é representado hodiernamente pelo desafio da individualização da imputação delitiva, o que deve ocorrer por obediência ao mandamento constitucional de personalização da responsabilidade penal (artigo 5º, XLV e XLVI da CR/88). Surgem, a partir daí, duas questões de suma importância relativa à imputação da omissão punível na seara empresarial: (1) quem na estrutura corporativa está obrigado à contenção de riscos penais? (2) Quais são os deveres específicos individuais (de ação ou abstenção) cuja inobservância enseja a incidência de norma penal incriminadora?

Trata-se de questionamentos genéricos inerentes ao Direito Penal Econômico e que podem ser especificados quanto à temática do presente estudo da seguinte forma: Os diretores e funcionários de instituições financeiras respondem, em comissão por omissão (omissão imprópria), por não evitarem a concretização do delito de lavagem de ativos praticado por clientes? Qual a expectativa em torno do comportamento de cada membro da instituição financeira em matéria de cumprimento normativo antilavagem? Quais os reflexos do programa de *compliance* em termos de delineamento dessa expectativa comportamental?

É razoável e imprescindível que, para determinar a responsabilidade penal individual, seja considerada a distribuição interna de funções no seio da pessoa jurídica. A estrutura hierárquica e a divisão funcional do trabalho, marcas do universo empresarial moderno, ensejam a formação de âmbitos de competência pelos quais cada um dos prepostos e dirigentes da corporação são responsáveis. A distribuição das atribuições laborativas determinará quem cabe controlar tais e quais riscos de modo a orientar a eventual imputação penal em caso de não tomada das

medidas cabíveis. É nesse aspecto que o fenômeno *compliance* alcança ênfase penal.

A partir do estabelecimento da obrigação de fixação de procedimentos e órgãos adequados ao devido controle interno da legalidade (em especial, quanto ao combate ao crime de lavagem de ativos), discute-se se tais normas e os respectivos deveres de agir estabelecidos fundamentam posições de garantia penal em face dos empregados e diretores de instituições financeiras.

Em que pese a existência de opinião em sentido negativo[649], crê-se que a resposta é positiva.

A alegação de que os destinatários dos referidos são apenas os bancos – na condição de pessoas jurídicas autônomas – não é convincente. No caso, as posições de garantia em face da evitação de riscos penais recaem sobre as pessoas físicas que atuam em nome e em prol dos bancos. A atividade bancária em si é a fonte do perigo, haja vista que a própria disponibilidade dos serviços financeiros é um fator que fortalece o risco de concretização de operações de lavagem de ativos. É de se afirmar, portanto, que a ocultação de riqueza de origem criminosa é um perigo típico inerente a tal ramo de negócios.[650]

As pessoas normativamente obrigadas a colaborar possuem o domínio sobre o risco peculiar consistente na possibilidade de que divisas provenientes de delitos sejam reinseridas na economia legal. Daí o porquê da decisão individual sobre o cumprimento ou não das medidas de colaboração antilavagem ser determinante para a ocorrência do resultado penalmente vedado e, consequentemente, para a configuração criminosa sob a ótica pessoal.

É relevante destacar, no entanto, duas premissas.

A primeira no sentido de que, no vigente ordenamento jurídico-penal brasileiro, o mero descumprimento de obrigações normativas antilavagem não configura, de per si, omissão imprópria penalmente relevante. Como já esclarecido, os elementos essenciais do delito comissivo por omissão nessa hipótese são: (1) a existência do dever de atuar e fazer o possível para impedir determinado resultado

---

[649] Posicionando-se de forma contrária à equiparação entre condutas omissivas e comissivas na hipótese como se contivessem a mesma gravidade: CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance...* op. cit., p. 146.

[650] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales...* op. cit., p. 119.

penalmente relevante; (2) a ausência da ação juridicamente exigível; (3) a capacidade-possibilidade de atuar e (4) a concretização do resultado penalmente relevante. Na presença conjunta de tais elementos, a inércia quando se tinha o dever de agir equivale à causação da violação ao bem jurídico.

Portanto, a inobservância do dever de comunicar a operação suspeita não dá ensejo, de plano, à incidência punitiva. Isto apenas ocorrerá se a omissão referida propiciar a efetiva ocorrência de uma ou mais operações de lavagem de ativos. Nesse caso, a infração ao dever de agir (omissão imprópria) equivaleria à causação do resultado penalmente proibido (lavagem de ativos). Nesse sentido, é a preleção de Isidoro Blanco Cordero[651]:

> La omisión de la comunicación de una operación respecto de la que existan indicios o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales antes de su realización puede dar lugar a la ocultación o al blanqueo. La mera infración de la obligación de comunicación derivada de la ley no da lugar directamente a sanciones penales. El Derecho Penal interviene exclusivamente cuando como consecuência de la infración del deber de comunicación se realiza un tipo penal, lo cual puede ocurrir si se omite la comunicación de las operaciones respecto de las que existan indicios o certeza de estar relacionadas con el blanqueo de capitales, derivándose de esta omisión la ocultación o el encubrimiento de los bienes de origen delictivo.

A segunda premissa a ser frisada é a de que o dever de impedir o resultado penalmente proscrito (no caso, a concretização do crime de lavagem de ativos) que recai sobre membros da instituição financeira concerne à estrita observância das providências normativas obrigatórias inerentes à função desempenhada na estrutura da pessoa jurídica. Em outras palavras, o dever de agir ligado às posições de garantia dispostas no contexto das instituições financeiras não abrage, por óbvio, a obrigação de atingir o impossível ou de fazer "qualquer coisa" para impedir a concretização de crimes por meio dos serviços prestados, mas, ao revés, esgota-se no fiel e integral cumprimento dos compromissos antilavagem derivados da legislação e da normativa interna. *Ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado ao impossível), já expressavam os romanos.

Portanto, cabe especificar a expectativa comportamental que incide sobre os membros de instituições financeiras – abrangendo os dirigentes (integrantes do conselho de administração ou órgão que o valha), o diretor de cumprimento

---

[651] BLANCO CORDERO, *Isidoro. Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*... op. cit., p. 214.

normativo (*compliance officer* ou cargo similar) e os demais funcionários que atuem na gestão ou transmissão do patrimônio de clientes –, bem como seu possível desdobramento quanto à incidência das consequências penais dispostas na Lei n. 9.613/1998.

5.6.2.1 A situação dos dirigentes de instituições financeiras

Entre vários temas relevantes englobados no Direito Penal Econômico, Carlos Eduardo Adriano Japiassú[652] alerta, já há algum tempo, que um em especial ainda carece de maior aprofundamento, qual seja o concernente à discussão da posição de garante de gestores corporativos em face de eventuais ilícitos penais praticados por prepostos no curso das atividades econômicas desempenhadas por pessoas jurídicas.

O dirigente, administrador, diretor ou, sob qualquer outra denominação[653], aquele que exerce, unipessoalmente ou mediante integração em um órgão colegiado[654], o comando da instituição financeira tem a natural obrigação de estruturar e habilitar a pessoa jurídica para cumprir os deveres legais inerentes ao respectivo ramo de atuação e evitar prejuízos a terceiros e à coletividade, o que, no

---

[652] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Um tema da criminalidade econômica: a posição de garante do dirigente de pessoa jurídica no Direito Penal brasileiro. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). *Direito Penal no Tercerio Milênio:* estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 296.

[653] Uma parcela da doutrina prefere referir-se ao gênero "superiores empresariais", categoria que englobaria o administrador (ou administradores), os diretores, os membros do conselho de administração, os membros da assembléia (ou da reunião de sócios, ou, ainda, de outras assembleias que existirem. Cf. BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa...* op. cit., p. 228.

[654] O nome atribuído ao cargo ou órgão que exerce a função de comando na corporação pouco importa para os fins do presente estudo, bastando o seu efetivo e concreto exercício. Registre-se, no entanto, que no início dos anos 1980, surgiu um modelo de gestão empresarial que propunha a separação da função de fiscalização interna, que passaria a caber ao conselho de administração, da função de gestão, que passaria a competir à Diretoria Executiva. Assim sendo, o dia-a-dia das operações da empresa seria confiado à Diretoria Executiva ao passo que ao conselho de administração caberia a supervisão das atividades, atribuição sintetizada na expressão *nose in, fingers out* (em tradução livre: mantenha o faro alerta e os dedos fora). O *Chairman* presidiria o conselho de administração e o *Chief Executive Officer* (CEO) comandaria a Diretoria Executiva. Esta separação é hoje legalmente exigida na Alemanha, Holanda e África do Sul e constitui prática usual no Reino Unido e na Austrália. Cf. ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa*: fundamentos, desenvolvimento e tendências... op. cit., p. 234.

caso, das instituições financeiras abrange a observância dos deveres antilavagem, em especial, a detecção e comunicação de operações definidas como suspeitas à autoridade competente (vide o item 5.4.1).

Verifica-se que essa preocupação é antiga. Tanto é assim que, a partir do colóquio preparatório para a convenção da AIDP, realizado na cidade alemã de Freiburg, em 1982, restaram propostas algumas importantes resoluções, entre as quais se destacam as seguintes[655]:

> 9. Como princípio geral do Direito Penal, o princípio da culpa deve vigorar no campo do Direito Penal Económico. Devem promover-se os esforços legislativos necessários para eliminar, tão depressa quanto possível, os casos porventura subsistentes, de responsabilidade objectiva.
> 10. Sem prejuízo dos princípios gerais de comparticipação, é legítimo responsabilizar os representantes e detentores do poder de decisão por infracções cometidas por empregados ou subordinados, quando àqueles possa ser imputada falta do dever de vigilância e, cumulativamente, ele possa ser pessoalmente censurado.
> 15. Tendo em vista a natureza transnacional de muitos crimes contra a economia, devem estimular-se os esforços de harmonização das respectivas legislações nacionais. O processo poderia ser iniciado pela elaboração de um conjunto de regulamentações-modelo por parte das organizações internacionais de especialistas em direito criminal.
> 16. Deve ser encorajada a tutela pela legislação penal nacional dos interesses estrangeiros, especialmente dos interesses económicos de organizações internacionais e regionais. Devem promover-se acordos bi ou multilaterais no sentido de harmonização do sistema penal com vista a aumentar a eficácia preventiva e eliminar os conflitos entre os diferentes Estados.

Tais proposições deram origem à Recomendação n. 12, do XIII Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP, realizado, em 1984, na cidade do Cairo, cujo teor é o seguinte:

> A responsabilidade penal de diretores e administradores de empresas, pelos delitos cometidos por empregados, deve ser reconhecida, quando existir, conjuntamente, a violação do dever de vigilância e culpabilidade (pelo menos culpa em sentido estrito) por parte do diretor ou administrador. Esta recomendação não modifica as regras gerais sobre participação.

Sob a condução de João Marcello de Araujo Junior[656], a sugestão retromencionada foi encartada no Anteprojeto de Lei apresentado, em 1985, para reforma da legislação penal brasileira. Tratava-se de pioneira proposta no sentido de

---

[655] COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios de direito penal econômico. In: *Direito Penal Econômico e Europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 363.

[656] ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal...* op. cit., p. 150/151.

criação de um sistema específico no Brasil para imputação de responsabilidade penal ao dirigente corporativo por omissão quanto ao dever de agir para neutralizar riscos advindos da atividade econômica desempenhada. O capítulo destinado aos "Crimes contra a ordem econômica" conteve o seguinte dispositivo:

> Artigo 1º. (Responsabilidade penal por omissão) – Nos crimes definidos nesta Lei, são considerados responsáveis o empresário financeiro, controlador, administrador, membros de conselhos e órgãos técnicos, auditores, acionistas, sócios e procuradores extrajudiciais de instituição financeira ou companhia aberta, que, sabendo ou devendo saber da conduta criminosa de outrem, deixaram de impedir sua prática, quando podiam e deviam agir para evita-la.
> § 1º. (Fonte do dever de agir) – O dever de agir decorre da condição de empresário financeiro, controlador, administrador, membro de conselho e órgão técnico, auditor, acionista, sócio ou procurador extrajudicial de instituição financeira ou companhia aberta.
> § 2º. (Responsabilidade penal da pessoa jurídica) – Nos crimes definidos nesta Lei, a instituição financeira ou companhia aberta, em benefício da qual o fato foi praticado, será reduzida de 1/6 a 1/3.

Especificamente sobre o exato conteúdo da obrigação que incumbiria aos gestores de instituições financeiras na condição de garantidores em face do risco penal, extrai-se, entre os 25 princípios fundamentais para uma supervisão bancária efetiva (*Core Principles for Efective Banking Supervision*) recomendados, desde 1997, pelo Comitê da Basileia, o disposto no postulado 17:

> Princípio 17 – Controles internos e auditoria: Os supervisores devem se assegurar de que os bancos adotam controles internos adequados ao porte e complexidade de seus negócios. Isso deve incluir regras claras para delegação de autoridade e responsabilidade; separação das funções que envolvem decisões para a assunção de compromissos pelo banco, que dispõem de seus fundos, e que contabilizam seus ativos e passivos; reconciliação desses processos; proteção dos ativos do banco; e funções de auditoria interna independente e de verificação de conformidade apropriadas para testar a aderência a esses controles bem como a leis e regulamentos aplicáveis.[657]

Baseado nessa recomendação, o Banco Central do Brasil editou a Resolução n**.** 2.554/1998, a qual determinou que, até 31.12.1999 (artigo 5º), as instituições financeiras deveriam implantar sistemas de controles internos nos termos do referido diploma normativo, figurando, entre as exigências, as seguintes:

(1) A definição de responsabilidades individuais dentro da instituição (artigo 2º, I);

---

[657] Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/docs/core_principles_traducao2006.pdf>. Acesso em: 12mar.2017.

(2) A contínua avaliação dos diversos riscos associados às atividades da instituição (artigo 2º, V), bem como a revisão periódica e atualização dos controles internos de forma a que sejam incorporadas medidas relacionadas a riscos novos ou anteriormente não abordados (artigo 2º, 1º);

(3) O acompanhamento sistemático das atividades desenvolvidas para avaliar se os objetivos da instituição estão sendo alcançados e se as leis e regulamentos aplicáveis estão sendo cumpridos, bem como a assegurar que quaisquer desvios possam ser prontamente corrigidos (artigo 2º, VI), inclusive mediante testes periódicos de segurança para os sistemas de informações, em especial para os mantidos em meio eletrônico (artigo 2º, VII).

Além dessas exigências normativas, o artigo 4º da aludida Resolução determina que a diretoria da instituição promova "elevados padrões éticos e de integridade e de uma cultura organizacional que demonstre e enfatize, a todos os funcionários, a importância dos controles internos e o papel de cada um no processo". Verifica-se, portanto, que ainda que não utilizadas as expressões *compliance*, cumprimento normativo ou afins, a responsabilidade de dirigentes de instituições financeiras pela observância da legislação e pela conseguinte evitação de crimes cometidos por meio de tal atividade empresarial não configuram novidades.

Sobre o tema, destaque-se também o expresso teor do artigo 1º, § 2º da citada Resolução:

> § 2º São de responsabilidade da diretoria da instituição:
> I - a implantação e a implementação de uma estrutura de controles internos efetiva mediante a definição de atividades de controle para todos os níveis de negócios da instituição;
> II - o estabelecimento dos objetivos e procedimentos pertinentes aos mesmos;
> III - a verificação sistemática da adoção e do cumprimento dos procedimentos definidos em função do disposto no inciso II.

No mesmo diapasão, com menção expressa à lavagem de ativos (artigo 3)[658], o *Corpus Juris*[659] recomenda o seguinte tratamento para a responsabilização de

[658] Aqui designada como *blanqueo de dinero*: "Artículo 3 - Blanqueo de dinero. 1. Constituye infracción penal el blanqueo del producto o de los beneficios obtenidos mediante las conductas previstas como infracciones en el Corpus Juris. Se entiende por blanqueo: a) la conversión o la transferencia de bienes procedentes de alguna de las infracciones mencionadas en el párrafo

dirigentes de pessoa jurídicas por crimes que violem os interesses financeiros dos países componentes da União Europeia:

> Artículo 12 - Responsabilidad penal del Directores de la empresa o de quien de hecho posea capacidad de decisión y control dentro de la empresa: funcionarios públicos
> 1. En el caso de que alguna de las infracciones definidas en los artículos 1 a 8, haya sido cometida, en beneficio de una empresa, por una persona sometida a su autoridad, son igualmente responsables penalmente los Directores de la empresa y todo aquel que, de hecho, tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, y que con conocimiento de causa haya permitido la comisión de la infracción.
> [...]
> 3. Son igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones de los artículos 1 a 8 que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito.

Diante desse quadro, verifica-se que a tendência doutrinária e jurisprudencial tem caminhado para o entendimento de que o cerne da capacidade decisória está no vértice da empresa, ou seja, no domínio detido por aqueles que ocupam posições hierárquicas mais elevadas, verdadeiros "homens de trás", e não na base composta pelos empregados subordinados, que funcionam como cumpridores de tais decisões. Daí a disposição metodológica de imputar a responsabilidade por delitos empresariais aos órgãos superiores (modelo chamado de *top down*) em detrimento da mera incriminação de subordinados (modelo nominado de *bottom up*).[660] Sobre esse aspecto, cabe invocar o ensinamento de Bernardo Feijoo Sánchez[661]:

---

anterior, o la participación en una de ellas con la finalidad de disimular o de ocultar el origen ilícito de dichos bienes, o de ayudar a cualquier persona implicada en dicha actividad para que ésta eluda las consecuencias jurídicas de tales actos; b) la simulación o la ocultación de la naturaleza, origen, situación, colocación, disposición, movimiento o propiedad real de los bienes o derechos procedentes de una de las infracciones mencionadas en el párrafo anterior, o la participación en tales actividades."

[659] Trata-se de documento que condensa dispositivos recomendados ao Estados-membros da União Europeia para fins de harmonização de temas relevantes concernentes à matéria penal e processual pena. O Corpus Juris foi originalmente publicado em 1997, sendo, a partir de então, periodicamente revisado. A versão citada teve por objetivo a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, sendo resultante das conclusões de uma comissão de estudiosos a partir de reuniões realizadas entre março de 1998 a setembro de 1999. O referido trabalho foi coordenado pelos Professores Mireille Delmas-Marty e John Vervaele.

[660] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico.* Buenos Aires: IBDEF, 2009, p. 06.

[661] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Problemas de imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMESTRIO CRESPO, Eduardo (Orgs.). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial.* Madrid: Colex, 2010, p. 83.

> En mi opinión, la responsabilidad por los hechos cometidos en el curso de una actividad empresarial con división del trabajo y controlada jerárquicamente tiene que desplazarse en la cadena jerárquica hasta identificar al o a los mandos de ésta que tengan el dominio del hecho. En virtud de la división del trabajo, éstos no realizan generalmente por sí mismos directamente los actos materialmente delictivos, pero en viturd de su conocimiento superior y de su capacidad de mando tienen el dominio del hecho, siendo los subordinados meros instrumentos para realización de la actividad delictiva empresarial. Por ello, los superiores jerárquicos serán la mayor parte de las veces autores mediatos del delito empresarial de que se trate.

Com fulcro no poder-dever de organizar a pessoa jurídica, não há como negar que os gestores empresariais têm, portanto, o dever de evitar que subordinados pratiquem crimes no exercício de suas respectivas funções profissionais. Logo, não basta ao administrador zelar pelos interesses patrimoniais seus ou da corporação, mas também evitar, com igual dedicação, que, por meio da atividade econômica desempenhada, sejam praticados crimes. Daí o sentido e fundamento da posição de garantidor penal da figura do empresário.

A questão não se resume à estabilização dos deveres de cooperação de entes privados com atividades que caberiam ao Estado (ex.: dever de investigar crimes), mas sim versa sobre o dever de evitar que, no exercício da liberdade econômica, a pessoa jurídica venha a se converter em foco crimógeno.

A legitimação da intervenção penal nos ilícitos econômico-empresariais assenta-se não tanto na infração da obrigação de solidariedade quanto à prevenção delitiva, mas, principalmente, no fato de que o não acatamento das medidas de cumprimento normativo, provoca – e pode seguir provocando por tempo indefinido – a realização de delitos por meio de uma estrutura mal controlada.[662]

Não é por outra razão que a doutrina reconhece a importância dos programas de *criminal compliance* para a neutralização de desvios organizacionais, consoante se verifica a seguir:

> Parece razonable considerar que los sesgos cognitivos y otros efectos de fuerzas situacionales sean considerados expresivos de una organización o, en otros términos, de una cultura corporativa defectuosa. Por esta razón, los Programas de Cumplimiento (compliance programs) deberían prever la asistencia obligatoria de directivos y empleados a cursos de formación orientados a la prevención, detección y, en su caso, neutralización de sesgos cognitivos y fuerzas situacionales. La existência de programas de asesoramiento jurídico que informen sobre las consecuencias de la asunción de determinados patrones de conducta resulta asimismo recomendables. Todo ello, aunque no elimine la aparición de sesgos cogntivos, puede ayudar a prevenir y corregir determinadas prácticas ilícitas herederas de la

[662] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico...* op. cit., p. 98.

> automatización y de la tradición de patrones de conducta tanto por parte de empleados subalternos como de directivos y administradores.[663]

É evidente que o cumprimento concreto dessa obrigação original é, usualmente, transferido, por meio de sucessivas delegações a ocupantes de diferentes postos em diversos graus hierárquicos nos quais, modernamente, são organizadas as corporações. Nesse contexto, as marcas distintivas do fenômeno *compliance* em relação à intrincada questão da individualização da responsabilidade penal no âmbito corporativo (descentralizado e hierarquizado, por natureza) podem ser assim elencadas[664]:

(1) a imposição ao administrador (ou conjunto de profissionais que exerçam esta função) do dever de adotar um código de conduta eficaz ou documento que o valha com o fim de observância das diretrizes e metas fixadas pelo legislador e pelo ente regulador em relação ao resguardo de determinados interesses envolvidos no respectivo ramo econômico;

(2) a necessidade de que o programa de compliance individualize as atribuições, as competências, as expectativas comportamentais e as respectivas responsabilidades, em todos os níveis hierárquicos e setores da pessoa jurídica, quanto à fiscalização interna da legalidade, inclusive, no caso das instituições financeiras, quanto às metas e diretrizes antilavagem.

Portanto, a afirmação da posição de garante do administrador empresarial se assenta no seu dever pessoal de neutralização dos desvios cognitivos eventualmente derivados da má organização interna da empresa, o que implica na checagem prévia e conhecimento de riscos graves ligados à atividade econômica

---

[663] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 188.

[664] A posição de garantidor do administrador da empresa é fundamentada pela doutrina alemã na presença dos seguintes pilares argumentativos: relação de subordinação e autoridade interna na empresa; domínio sobre a empresa como fonte de perigo ou poder organizacional do administrador; ingerência (adoção de comportamento ilícito anterior que tenha gerado o perigo ou dano) e dever de vigilância da empresa como fonte de perigo. Cf. ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; Teixeira, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 112. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2015, p. 64.

exercida e no estabelecimento de um sistema de controle eficaz correspondente aos mesmos.

Como consequência do seu dever de controle, cabe ao administrador a adoção de técnicas de formação e informação de todos aqueles que atuam no âmbito da organização corporativa, conforme expresso na síntese de Silva Sánchez[665]: "La posición de garante del empresario surgiría entonces de la organización de un entorno en el que surgen sesgos cognitivos en los subordinados. Y el deber de actuar consistiría en su neutralización. El incumplimiento de dicho deber generaría la responsabilidad."

Em tom convergente, há uma parcela da doutrina que procura explicar o fundamento da posição de garante de administradores empresariais a partir de uma ponderação de interesses na qual, de um lado, pende o dever de solidariedade geral na prevenção de determinados cursos causais perigosos para bens jurídicos de terceiros e, de outro lado, viceja o princípio da distribuição de liberdades e consequentes responsabilidades. Nesse sentido, assim sustenta Wolfgang Frisch[666]:

> [...] no se pueden ejercer las libertades (y las ventajas que resultan de las mismas) y esperar que sean los terceros quienes se preocupen de reducir las posibles dificultades que dicho ejercício de las libertades pueda causar. [...] quien configura establemente uma organización está em todo caso obligado a eliminar el peligro de ella derivado siempre que, de haber intentado ejercer su libertad de actuación a través de acciones positivas, ello le hubiera estado prohibido, a causa de la peligrosidad de tals acciones, o cuando dicho ejercicio le hubiera sido autorizado únicamente bajo la condición de haber reducido previamente el riesgo gracias a medidas colaterales de cuidado.

Ainda que se reconheça a legitimidade das preocupações em torno do perigo de responsabilização penal objetiva diante das dificuldades decorrentes do fluxo de informações no contexto corporativo moderno, ao englobarem os deveres de análise de riscos da respectiva atividade econômica e de clareza na distribuição individual de competências fiscalizatórias, os programas de *compliance* afastam a possiblidade

---

[665] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica.* Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 63.

[666] FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Reponsabilidad penal en el âmbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.* Barcelona: Bosch, 1996, p. 113/114.

de arguição do fato de que dirigentes corporativos não sabem de tudo o tempo todo. Obviamente, não é isso que se exige.[667]

Sobre o assunto, é imprescindível invocar a adequada e esclarecedora ilustração tecida por Stephen Platt[668]:

> Talvez pareça um tanto injusto aplicar de repente ações regulatórias ou fazer acusações criminais contra executivos que alegam estar dando o melhor de si e de quem não se pode esperar que saibam o que está ocorrendo em todos os cantos do globo – um diretor no Reino Unido deve mesmo saber o que um dirigente de compliance faz nas Ilhas Cayman? A resposta é sim e não. Com certeza, um diretor não pode conhecer as peculiaridades das operações diárias executadas por milhares de funcionários pelo mundo afora, mas pode montar uma estratégia; identificar e concordar com os riscos inerentes a essa estratégia; influenciar a qualidade de informações que recebe; ditar as perguntas que os membros fazem e influenciar a qualidade do discurso em torno do risco, da ética e da cultura [...] É certo que continuarão a acontecer coisas ruins, mas elas acontecerão apesar da governança, e não em razão dela.

Assim sendo, ante a constatação do cometimento de um crime por meio da atividade empresarial, é preciso determinar quem são as pessoas competentes que infringiram seus deveres. Nesse aspecto, a competência (esfera individualizada de atribuições e responsabilidades) serve como uma espécie de autoridade de caráter concreto e previamente estabelecida, como explana Bernardo Feijoo Sánchez[669]:

> […] es cierto que ningún individuo dispone de un dominio total sobre organizaciones empresariales complejas, si existen personas que pueden ser responsables por sus competencias con respecto a una autorregulación conforme a Derecho y al seguimiento de la efectividad de dicha autorregulación. La palabra clave debe dejar de ser la de “dominio” para pasar a ser la de “competencia” dentro de la organización.

O que existe – e não há nada de exagerado ou equivocado nisso – é o dever de que tais agentes investiguem e conheçam previamente os principais riscos envolvidos em sua respectiva atividade econômica, bem como, por conseguinte, estabeleçam controles eficientes sobre os mesmos. Dessa forma, os programas de cumprimento normativo em matéria criminal contribuem também para consolidar a

---

[667] A eventual responsabilização penal do dirigente empresarial se dá com base no domínio funcional de uma determinada área de competência. O domínio caracteriza-se não pelo controle psicofísico de processos causais, mas sim pela específica incumbência setorial de controle sobre determinados riscos ou acontecimentos. Cf. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*. V. 9. São Paulo: IBCCRIM, janeiro-abril/2012, p. 50/51.

[668] PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso...* op. cit., p. 282.

[669] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico.*.. op. cit., p. 114.

segurança jurídica e para evitar a formação de entendimentos jurisprudênciais vacilantes, meramente intuitivos ou lotéricos sobre a matéria.[670]

Os estudos sobre delitos econômico-empresariais atribuem especial relevância à estrutura inerente à cada entidade, sendo esse um fator considerado essencial não só para aferição da responsabilidade penal da pessoa jurídica em si, com base na teoria da culpabilidade por defeito da organização institucional, mas também para a imposição de consequências jurídico-penais individualizadas no âmbito empresarial. À vista do exposto, o dever de atuar do dirigente empresarial consiste na neutralização de carências estruturais e o respectivo descumprimento de tal mister gera a possibilidade de responsabilização penal para o empresário em caso de concretização de resultados lesivos a bens jurídicos.[671]

Pode-se afirmar, portanto, que, se bem executado, o programa de *compliance* permite convolar o que Schünemann[672] denominou de irresponsabilidade organizada em organização responsável, com específico reflexo em matéria de lavagem de ativos, conforme a exemplificação tecida por Isidoro Blanco Cordero[673]:

> En esta línea, por exemplo, la obligación de comunicar operaciones por indicio le corresponde al empresario sujeto obligado, y em primera instancia em el consejo de administración. Pero esta comunicación solo puede realizarse si dentro de la organización se há creado un organigrama dentro del cual el empleado de dicho sujeto obligado tiene una posición de garante puntual de controlar los peligros propios de la actividad. Se llevan a cabo sucesivos actos de delegación em los empleados de los diversos niveles jerárquicos, desde los directivos hasta el trabajador. Se genera así un organigrama de competencias, em ocasiones muy complejo, que em última instancia afecta a la manera de atribuir responsabilidad penal.

Quanto à não evitação do resultado delitivo alcançado por meio do comportamento de subordinado, que caracterizaria a omissão imprópria do gestor

---

[670] Nesse sentido, Enrique Gimbernat Ordeig adverte sobre a responsabilidade da dogmática e da doutrina nos rumos da jurisprudência: "Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão nos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação ou absolvição. Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou impunidade de uma conduta não será a atividade ordenada e meticulosa que deveria ser, apenas uma questão de loteria." GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal*: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 37.

[671] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 47/48

[672] SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa...* op. cit., p. 531.

[673] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 836/837.

empresarial, a equiparação entre a omissão imprópria e a conduta ativa deve se apoiar na atribuição exercida pelo órgão diretivo, tanto no aspecto fático (competência material exercida sobre as fontes de perigo ou lesão ao bem jurídico), quanto no aspecto pessoal (competência de supervisão sobre o comportamento individual dos subordinados).[674] Aliás, esse pensamento parece ter inspirado a redação do artigo 15 do Corpus Juris para Eurodelitos:

> Art. 15. Responsabilidad por comportamientos ajenos.
> 1.Será también sancionado como autor, en los supuestos a los que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre outra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante uma supervisión adecuada. La pena se atenuará en cuarto de su extensión si el autor únicamente podría haber dificultado la realización del hecho.
> 2. De acuerdo com el apartado primero resultan responsables: a) Los miembros del gobierno, funcionarios y soldados por hechos cometidos por sus subordinados si los hechos forman parte de los negocios o actividades que deben ser supervisados; b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa , así como las personas com poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertencientes al tráfico del establecimiento o de la empresa.
> 3. Los Estados miembros resultan competentes para establecer supuestos distinso a los enumerados en el apartado segundo, considerando autor (por omisión) a quien esté obligado jurídicamente a impedir la realización de um resultado procedente de um hecho antijurídico deibo al dominio que ejerce sobre um tercero o sobre la protección de la víctima. Em estos supuestos la pena podrá aminorarse hasta uma cuarta parte.
> 4. La delegación de responsabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a um determinado segumento de la actividade y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente la tareas y competencias que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización.

O fundamento da imputação de responsabilidade penal a dirigentes empresariais provém da aceitação de âmbitos específicos de atuação individual, que constituem frutos da divisão funcional de trabalho na estrutura hierárquica da corporação. Portanto, o órgão diretivo assume uma obrigação específica de controle de riscos para determinados bens jurídicos potencialmente afetados por objetos ou pessoas submetidos à sua supervisão e estreitamente relacionados às atividades próprias da ramo econômico explorado.[675]

Logo, evidentemente, a responsabilidade penal de gestores empresariais não se fundamenta numa posição de garantia demasiadamente ampla e baseada em um

---

[674] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 501.

[675] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte General… op. cit., p. 503.

dever de vigilância supostamente genérico, mas sim no âmbito de competência a ser apontado nos termos do respectivo programa de *compliance*. Sendo assim, a responsabilização penal do dirigente corporativo jamais será baseada em mero ilícito penal cometido por terceiros, mas em sua própria omissão quanto ao cumprimento do dever pessoal de garante.[676] Sobre o tema, assim discorre Percy García Cavero[677]:

> Hay que reconocer, sin embargo, que su posición en la estructura empresarial les impone además competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa, así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delitivos de otros membros.

O poder-dever de organização corporativa (derivado da liberdade de iniciativa e de empreendimento econômico) e a posição de garante de gestores empresariais são, portanto, faces inseparáveis da mesma moeda, conforme reconhece Ricardo Robles Planas[678]:

> En relación con tales peligros, los órganos de dirección tienen el deber de establecer los mecanismos organizativos adecuados para evitar su existencia o, en todo caso, minimizarlos hasta que deriven en riesgos tolerados. Tal deber implica el de procurarse los conocimientos necesarios sobre aquellos peligros típicamente empresariales, lo que en grandes empresas requerirá, a su vez, una adequada estructura organizativa respecto de los flujos de información intraempresariales [...] No hacerlo constituiría, pues, una razón para la desaprobación – omisiva – típica.

A doutrina nacional também segue essa linha de raciocínio, procurando enfatizar o critério da competência como definidor das posições de garantia no meio corporativo, consoante se verifica pelas palavras de José Ourismar Barros[679]:

> As regras do Direito Empresarial não são capazes de estabelecer (incluir ou excluir) de antemão quais são os órgãos e as posições de superior sobre os quais poderão recair os

[676] ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín. *Criminalidad de empresa*: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 175.

[677] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General.* Tomo I. 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 713.

[678] ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputación em la empresa y conductas neutrales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 452/453.

[679] BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa*: a responsabilidade penal dos diretores empresariais... op. cit., p. 228.

> deveres de garante, uma vez que, para isso, será necessário verificar as condutas concretas de cada uma das pessoas que ocupam estas posições, bem como analisar as esferas de atribuições de cada uma delas, levando em consideração as regras Direito Privado;

Diante do exposto, a despeito da ausência de consagração no Brasil do instituto da atuação em nome de outrem[680], constata-se que os dirigentes de instituições financeiras têm o dever implementar uma organização interna devidamente estruturada para exercer o controle antilavagem e, nessa condição, ocupam a posição de garante com base no artigo 13, § 2º, ´a´ do CP, seja por força da normativa específica quanto a essa matéria, seja por força do contrato social da respectiva entidade.

A interpretação conjugada do artigo 1.011 do CC[681] e do artigo 155 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976, com a redação dada pela Lei n. 10.303/2001)[682] também não deixa margem para dúvidas em relação a essa sustentação. Sobre o conteúdo específico do dever de garantidor do dirigente empresarial para estabelecer barreira de contenção em face de riscos organizacionais, a impressão externada por Renato de Mello Jorge Silveira[683] é a seguinte:

---

[680] Na Alemanha, o § 14 do StGB prevê que aquele que atua como mandatário, representante ou membro do órgão de representação da pessoa jurídica pode responder criminalmente por ato cometido por meio desta. Na Espanha, o artigo 31 do Código Penal fixa que "[...] El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre." O instituto é também previsto no artigo 12º do Código Penal de Portugal. Verifica-seque a atuação em nome de outrem consubstancia uma uma cláusula de extensão de autoria regida pelo princípio da equivalência. Ocorre que, nos referidos países em que a legislação penal prevê o instituto da atuação em nome de outrem, há uma tendência jurisprudencial de aplicar este instrumento hermenêutico aos delitos comuns e não aos delitos próprios, para os quais, aliás, foi concebido. De qualquer forma, o instituto não autoriza a responsabilização penal por mera ocupação de cargo na empresa ou representação desta, sendo este apenas um requisito prévio não bastante de per si para sustentar eventual punição criminal, o que se pode afirmar também em relação ao Direito Penal brasileiro. Sobre o tema: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Um tema da criminalidade econômica...* op. cit., p. 305.

[681] Eis o teor: "Artigo 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios."

[682] Eis o teor: "Artigo 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: [...] § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança."

[683] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial…* op. cit., p. 191.

> O caminho mais seguro, quanto mais em um estado de construção da questão, como se dá no Brasil, parece ser, inicialmente, a verificação da possibilidade de atribuição dos deveres ao mesmo. [...] O papel do empresário deve ser entendido como a necessária atuação no sentido de evitar riscos resultantes da mesma.[...] Para tanto, devem ser empregadas medidas sistemáticas de controle e vigilância adaptáveis à realidade concreta. Essas medidas são sempre necessárias e obrigatórias, sob pena, inicialmente, de investigação penal. Conforme se dê, pode-se antever boa dose de responsabilidade a ser atribuída ao dirigente em questão.

Assim sendo, caso o crime de lavagem de ativos venha a se concretizar por meio de operações levadas a efeito em meio aos serviços financeiros prestados pela corporação, seus dirigentes responderão pela quebra do dever de garante, eis que terão atuado em comissão por omissão, se não instituíram um programa de *compliance* eficaz ou, em caso de mau funcionamento do mesmo, se omitiram a devida supervisão.[684]

5.6.2.2 A questão da administração colegiada em instituições financeiras: a imputação penal individual no âmbito do conselho de administração

A necessidade de atribuir a principal porção de responsabilidade aos que realmente decidem a realização de delitos não é somente uma questão técnica peculiar ao Direito Penal Econômico. Trata-se de uma necessidade político-criminal de conotação preventiva que preconiza o direcionamento da intervenção penal em face dos verdadeiros centros de comando e de controle da prática de delitos.[685]

A responsabilização penal individual no âmbito de órgãos colegiados que exercem o comando corporativo não ostenta maiores dificuldades em caso de decisão unânime no sentido do cometimento de um crime, seja por ação ou

---

[684] Partindo-se da já citada distinção entre criminalidade na empresa e criminalidade de empresa, é incontroverso na doutrina que o administrador da empresa ostenta posição de garantidor apenas em relação aos perigos derivados de coisas ou produtos da empresa e não pelas atitudes de seus funcionários desconectadas da atividade empresarial. Logo, excluem-se, por exemplo, furtos, abusos sexuais, lesões corporais, entre outros fatos apenas eventualmente cometidos nas dependências ou em meio à atividade da empresa. Cf. ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; Teixeira, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria... op. cit., p. 71.

[685] MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoria y participación em el derecho penal econômico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el âmbito de la delincuência econômica empresarial? *Revista Penal*. N. 09. Barcelona: Praxis, janeiro/2002, p. 96.

omissão, sendo esta uma hipótese simples de autoria múltipla, pouco importando o caráter sucessivo ou simultâneo da emissão dos votos individuais.[686] A situação se altera quando há divergência entre os membros do referido órgão, emergindo, a partir daí, a necessidade de individualizar a imputação e a respectiva responsabilidade.

Em se tratando da possibilidade de repercussão penal de decisões do órgão colegiado, evidentemente, não seria admissível a consagração de uma espécie de delito colegial ou algo aproximado à ideia de responsabilização penal solidária, igualando, por presunção ou por aglutinação, as condições de atuação de todos os administradores.[687] A aparente unidade orgânica das deliberações e decisões societárias podem ter efeitos no marco da responsabilidade civil, porém, não tem o poder de revogar o princípio de que a responsabilidade penal é estritamente pessoal.

Como bem pontuado por Flávio Oliveria Lucas[688], a experiência brasileira tem sido marcada, nesse aspecto, pela inexistência de solução legal ou posicionamento

---

[686] GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico... op. cit., p. 715.

[687] A doutrina é uníssona e convergente no sentido de afirmar a necessidade de respeitar o caráter estritamente pessoal da responsabilidade criminal, o que leva ao reconhecimento da inadmissibilidade da ideia de um delito colegial. Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 127; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico...* op. cit, p. 713 e RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico...* op. cit., p. 41. A figura teórica do delito colegial corresponde ao crime realizado por pessoas que, consensualmente, integram órgão de pessoa jurídica e no exercício do comando desta. Cf. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa*: problemas de autoría y participación... op. cit., p. 108.

[688] LUCAS, Flávio Oliveira. *A responsabilidade penal na criminalidade empresarial*: em especial sob a ótica da posição de garante do dirigente da pessoa jurídica. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, março/2008, p. 45. Sobre o tema, registre-se a distinção entre denúncia geral (vedada) e denúncia genérica (admitida) tecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ilustra o julgado a seguir referido: "Ementa: [...] AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...] 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. Habeas corpus não conhecido." Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Habeas Corpus n. 118.891/SP, Rel. Min. Edson Fachin, data do julgamento 01.09.2015.

doutrinário pacífico, fatores que têm embasado, ao longo do tempo, a tolerância da jurisprudência brasileira com a assim nominada denúncia genérica, que, a seu turno, suscita aparente contraposição em relação aos postulados da responsabilidade penal pessoal e da vedação da responsabilidade penal objetiva (por mera ocupação formal de cargo na estrutura societária).

Assim sendo, discute-se em que termos se deve distribuir a responsabilidade em caso de decisões, dotadas de possível conotação criminosa, conjuntamente tomadas por membros de órgãos corporativos colegiados (ex.: fabricação de produtos perigosos, comercialização de produtos defeituosos, prestação de serviços financeiros de forma ilegal etc.). De início, deve-se assentar que, assim como auferem as vantagens da atividade empresarial desempenhada, os detentores do poder de gestão na corporação têm a obrigação de se inteirar adequadamente sobre os temas penalmente sensíveis envolvidos na respectiva atividade econômica exercida, nos termos preconizados por Bajo Fernández e Bacigalupo Sagguese[689]:

> [...] los Administradores deben ser capaces de identificar los asuntos claves que afectan a la entidade; deben ser capaces de plantear las preguntas necessárias para salvaguardar el interés de los proprietários y, obtenidas las respuestas, evaluarlas y actuar en consecuencia; deben asegurar que la compañía permanece leal a sus objetivos corporativos.

Segundo distinção estabelecida por Adán Níeto Martín[690], o papel fiscalizador no campo empresarial pode variar entre dois modelos de atuação: o do "cachorro de caça" (*perro de pessa*) e o do "cachorro de guarda" (*perro guardian*). O primeiro tipo consistiria em supervisão ativa, isto é, a busca permanente de irregularidades na corporação. Já a segunda categoria englobaria a supervisão passiva, ou seja, a intervenção fiscalizadora somente se daria quando sobreviessem elementos ou indícios efetivos de irregularidades.

---

[689] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico*... op. cit., p. 128/129.

[690] NÍETO MARTÍN, Adán. Regulatory capitalism y cumplimiento normativo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.

Diante desse quadro, uma parcela da doutrina vislumbra que o dever de vigilância e de proteção de bens jurídicos[691] que recai sobre o gestor empresarial se divide em dois planos.

No plano vertical, regido pelos princípios da vigilância e da desconfiança, a responsabilidade por omissão imprópria do administrador da pessoa jurídica recai sobre os atos delitivos que venham a ser realizados por seus subordinados no marco de sua competência. Não se trata de punição por atos de terceiros e nem de imposição da revisão pormenorizada de cada ato do subalterno, mas sim de responsabilização do gestor empresarial por descontrole ou por controle mal exercido sobre fontes de perigo que se encontram no âmbito de sua dependência hierárquica. Nesse contexto, não seria suficiente uma atitude meramente passiva de espera de indícios de atuação defeituosa do subordinado. O que o dever de vigilância impõe é a implantação de um sistema de controle prévio para detecção de irregularidades.[692]

Já no plano horizontal, sob a égide do princípio da confiança[693] e da separação de competências, a responsabilidade de cada administrador não se

---

[691] A despeito da tradicional teoria das fontes formais, uma parcela da doutrina vem defendendo que as posições de garantidor na omissão punível devem ser explicadas a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos. Nesse prisma, o garantidor deve ou proteger todos os bens jurídicos de terceiros vulnerados por perigos advindos de seu âmbito de domínio (posição de garantidor da vigilância - *Überwachergaranten*) ou deve proteger os bens jurídicos que estão confiados aos seus cuidados de perigos de todas as sortes (posição de garantidor de proteção - *Beschüzergaranten*). Cf. ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 112. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2015, p. 34.

[692] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 90.

[693] A ideia consubstanciada pelo princípio da confiança foi vislumbrada, inicialmente, na década de 1930, pela jurisprudência alemã, com o fim de viabilizar as relações de trânsito, delimintando-se, assim, a zona de risco permitido nesse campo. Posteriormente, o princípio da confiança foi estendido para englobar atividades que impliquem em distribuição de trabalho arriscado em equipe. Cf. ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no direito penal*: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 146. O princípio da confiança baseia-se na delimitação de competências entre agentes que exercem funções complementares ou coligadas organizadas em regime de divisão de trabalho. Assim sendo, no âmbito da teoria da imputação objetiva, a exclusão da incidência do direito penal parte, nessse caso, da premissa de que é legítimo que o sujeito que segue regras vigentes para o exercício de determinada função possa confiar que terceiros também o farão. No entanto, advirta-se que, em circunstâncias especiais, o princípio da confiança não seria aplicável, tais como: (1) o terceiro implicado sabidamente não detinha capacidade de ser responsabilizado; (2) o terceiro implicado está submetido à supervisão ou fiscalização do agente e (3) o terceiro implicado sinaliza ou evidencia conduta que deslegitima a expectativa de sua adequada atuação. Sobre o tema: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico...* op. cit., p. 372.

vincularia, nessa perspectiva, ao comportamento dos demais. Tais comandos induzem, a princípio, ao reconhecimento da inexistência do dever de supervisão recíproco entre gestores de igual nível hierárquico, salvo em caso de ciência de irregularidades.[694]

Em outras palavras, não há obrigação do membro do conselho de administração da corporação de organizar-se pessoalmente para buscar o conhecimento de eventuais ilicitudes praticadas por seus pares. Porém, caso tome ciência de eventual irregularidade praticada por outro administrador, surge, a partir daí, o dever de agir, ou seja, de lançar mão de todos os mecanismos legais e estatutários para não só dar ciência ao conselho sobre a infração verificada e, se possível, sanar ou minimizar a falha.

Em sentido diverso, Jesus María Silva Sánchez[695] sustenta que os membros do conselho de administração guardam, entre si, deveres de garante recíprocos, ainda que não se possa considerá-los deveres de vigilância:

> [...] significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilância sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero si significa que, si un consejero adquiere el conocimiento, aunque se a en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de outro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita.

Sobre o tema, em sentido convergente e com referência ao ordenamento jurídico espanhol, assim exemplifica Blanco Cordero[696]:

> [...] una excepción a esto es el blanqueo de capitales, donde existe un deber de vigilancia constante por parte de todos los integrantes de la organización empresarial-sujeto obligado. Por ello, si un administrador conoce que outro está blanqueando, debe comunicarlo al órgano de control o directamente al SEPBLAC si quiere verse exonerado de responsabilidad criminal.

Crê-se que a razão está com esta última corrente doutrinária ao sustentar a existência de um dever de vigilância recíproco mesmo entre os ocupantes do

---

[694] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 88/89.

[695] Ibid., p. 188.

[696] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*... op. cit., p. 843.

mesmo nível hierárquico na estrutura de uma instituição financeira, sobretudo, ante a especifidade e clareza da normativa vigente em relação a este setor.

Nessa seara, aliás, a posição de garantidor do membro do conselho de administração é assentada em sua responsabilidade pela organização corporativa de forma alinhada ao ordenamento jurídico. Nesse tom, discorre a doutrina[697]:

> El miembro de un Consejo de Administración, a nuestro juicio, adquiere un compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos. Entendemos que el hecho de asumir las competências de gestión y de dirección de la empresa, ejerciéndolas formalmente, le situa en uma posición especial que le obligará a actuar para evitar resulados lesivos dentro de su esfera de competência. Esto es, el miembro del Consejo de Administración asume el deber de garante en virtud de responsabilid por organización.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, em que pese tratar propriamente de responsabilidade civil, o teor do artigo 158, § 1º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) reforça a ideia do poder-dever organizacional do administrador corporativo ao estabelecer o seguinte:

> Artigo 158 [...] § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

Quanto aos membros do conselho fiscal, as disposições legais sobre responsabilidade são semelhantes às do conselho de administração:

> Artigo 165. Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.[...]
>
> § 2º O membro do conselho fiscal não é responsável pelos atos ilícitos de outros membros, salvo se com eles foi conivente, ou se concorrer para a prática do ato.
>
> § 3º A responsabilidade dos membros do conselho fiscal por omissão no cumprimento de seus deveres é solidária, mas dela se exime o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à assembléia-geral.

[697] Ibid., p. 198.

Discute-se a situação do conselheiro que não anuir com a decisão do colegiado pelo descumprimento da normativa, mas quedar vencido. Cabe questionar: o mesmo se exonera da responsabilidade penal pela simples oposição ou deve tomar alguma outra atitude para obter esse efeito?

A matéria é bastante controvertida.

Na linha sustentada por Silva Sánchez[698], o mero voto em sentido contrário ao comportamento criminoso não se mostra suficiente para elidir a responsabilidade penal do membro do conselho de administração. Portanto, há, nessa perspectiva, um dever de impugnação por meio de todos os instrumentos legais e estatutários previstos para afastar a concretização do resultado penalmente proscrito.

Acerca desse assunto, é ainda mais incisiva a postura defendida por Enrique Bacigalupo[699]: "[...] el deber del administrador no se agota en la simple oposición a los acuerdos ilegales, antiestatuarios o perjudiciales del interés social em beneficio de uno o varios socios o de terceros, sin en impugnar judicialmente la adopción del acuerdo".

No entanto, é de se registrar que uma outra corrente doutrinária defende que a simples oposição ao acordo delitivo já exoneraria o membro do órgão colegiado, uma vez que sua conduta individual não criaria ou aumentaria o risco penalmente proibido. Ressalva-se, entretanto, que, caso se trate de um especialista na matéria ou alguém que exerça função específica de fiscalização sobre a mesma no seio do referido órgão, subsistiria o dever de votar contra a medida ilegal e impugnar eventual decisão majoritária em sentido contrário ao seu voto.[700]

A seu turno, Tiedemann sustenta que bastam os esforços comunicativos internos para que se produza o efeito de exoneração penal.[701]

Diante desse quadro doutrinário sinuoso, crê-se que, à luz do ordenamento pátrio, todos os dirigentes que integram o conselho de administração de uma instituição financeira têm a obrigação individual não somente de votar contra

---

[698] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*... op. cit., p. 126.

[699] BACIGALUPO, Enrique. *El derecho penal em el ámbito de protección de riesgos de responsabilidad de la empresa y de sus directivos...* op. cit., p. 44.

[700] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 133.

[701] TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...* op. cit., p. 145.

deliberações que contrariem a normativa antilavagem, bem como, em caso de ciência de operação suspeita, detêm também o dever de promover pessoalmente a notificação à UIF (no caso do Brasil, o COAF) ou ao próprio Banco Central, caso o órgão competente da respectiva instituição financeira não o tenha feito, no prazo e forma legais.

Imagine-se, por exemplo, a deliberação do órgão de cúpula de uma instituição financeira no sentido da não observância de algum ou de vários dos deveres antilavagem em favor de um abastado cliente. Nesse caso, caberia aos administradores não somente rechaçar o mencionado descumprimento. Por óbvio, todos os gestores que anuírem com o frontal desacatamento normativo retronarrado responderão penalmente caso o crime de lavagem venha efetivamente a se consumar.[702]

Daí o porquê de, em que pese a aparente ausência de dispositivo legal ou normativo específico impositivo sobre esse ponto, ser recomendável que as reuniões do órgão colegiado de administração empresarial não sejam secretas ou, pelo menos, que sejam reduzidas a termo e arquivadas em seus pontos relevantes, computando-se individualmente os votos e possíveis fundamentações de cada membro, com o fim de esclarecer eventual imputação penal.

A ausência injustificada do administrador à reunião do órgão colegiado seguida da não tomada de providências para ciência das deliberações e impugnação de decisões contrárias à normativa antilavagem também não afastam a hipótese de responsabilização penal por omissão imprópria. Com igual vigor, não está isento de responsabilidade o gestor que vota quando o acordo delitivo já foi adotado pela maioria. Nesse caso, em que pese a aparente irrelevância de seu voto, o resultado delitivo será imputável, uma vez que a conduta colaborou, de alguma forma, para a decisão de violar o bem jurídico.[703]

---

[702] Fato similar ocorreu, por exemplo, no caso Lederspray, um aerosol para couro que, segundo se descobriu após anos de produção e comercialização, causava graves danos à saúde dos consumidores. Na ocasião, o Tribunal Supremo da Alemanha (BGH) admitiu a causalidade da lesão corporal para com a conduta de todos os membros do órgão de cúpula da empresa fabricante que votaram a favor da não paralisação da produção e distribuição do referido produto. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico...* op. cit., p. 138. Também sobre o tema: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial...* op. cit., p. 160.

[703] Nesse sentido, segue a preleção doutrinária: "[...] el resultado delictivo es imputable a todos los votos que significan aumento del riesgo que se realiza en el resultado. Todos los votos contribuyen a la producción del resultado delictivo y crean o agravan um riesgo penalmente relevante. No puede argumentarse, como se haría desde la simple teoria de la causalidade, que con la fórmula hipotética

5.6.2.3 A delegação de funções e sua repercussão sobre a posição de garante: requisitos

A delegação de funções ligadas à fiscalização do cumprimento normativo no contexto interno da pessoa jurídica deve, de forma geral, observar alguns requisitos essenciais[704], quais sejam:

(1) a aceitação expressa e voluntária da função pelo delegatário;

(2) fixação formal dos limites e condições da delegação;

(3) habilitação técnica do delegatário para cumprir a função e

(4) disponibilização de condições suficientes ao delegatário para exercício da função.

Uma vez desacatados quaisquer destes requisitos, a delegação da função de fiscalização do cumprimento normativo deixa de ser oponível (produzir efeitos) em caso de ocorrência de um crime, permanecendo o delegante original (no caso, o administrador) como garantidor penal imediato. Em suma, a eficácia exoneratória penal do ato de delegação em favor do administrador-delegante está vinculada à observância das exigências acima dispostas.[705]

---

no es causa del resultado porque suprimido mentalmente el voto o la acción, el resultado continua igualmente." BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 137.

[704] Corroborando os requisitos citados: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsaiblidad penal del oficial de cumplimiento). In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente. *Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención detección y reacción penal.* Madrid: IBDEF, 2014, p. 333. A jurisprudência italiana fixa quatro condições para eficácia da delegação: a empresa deve ser de grandes dimensões (*notevoli dimensioni*); a delegação não deve ter caráter fraudulento; o delegatário deve ser dotado de poderes-meios necessários ao cumprimento da função e o delegatário deve ostentar competência técnica. Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 134.

[705] Renato de Mello Jorge Silveira chama de garante próprio ou primário a quem incumbe, originariamente, o dever de controlar os riscos inerentes à atividade da corporação. Na dicção do referido autor, garante impróprio seria o agente que aceita, por delegação ou transferência, funções

A exigência de capacitação técnica do delegatário tem a finalidade de barrar nomeações que tenham a exclusiva finalidade de blindar penalmente os administradores da empresa mediante nomeação de "laranjas", "testas-de-ferro" ou "homens de palha"[706], ou seja, de indivíduos que, com ou sem compensação, aceitem figurar como garantidores formais do risco penal mesmo desprovidos de capacidade técnica para a função e patrimônio para cobrir eventuais danos. Caso o resultado penalmente proscrito venha a se consolidar, tal indivíduo também deverá ser responsabilizado por ter colaborado para criar uma situação de risco para o bem jurídico penal, sem prejuízo da responsabilidade penal do administrador-delegante.

À vista do exposto, pode-se dizer que o ato de delegação de funções de controle do cumprimento normativo produz efeito penal duplo ou dúplice. De um lado, a partir da delegação-assunção, cria-se, com base no disposto no artigo 13, § 2º, ´c` do CP, o dever de garante para o delegatário, que passa a ser responsável por fazer todo o possível para evitar a ocorrência do resultado penalmente proscrito (daí se falar em dinamização da posição de garante[707]). Noutro prisma, o ato de delegação transforma – embora não aniquile ou exclua integralmente[708] – o dever

---

de controle que, a princípio, incumbem a outrem. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial…* op. cit. 189/190.

[706] Conforme já alertado, o termo *compliance* pode, de forma geral, configurar uma cortina de fumaça maliciosamente usada para mitigar a percepção social e a punição efetiva da criminalidade dos agentes economicamente poderosos. A dogmática penal tem de ter cuidado para não permitir o assentamento de teses que busquem tão somente elidir a responsabilidade penal dos reais detentores do comando comportamental em detrimento de *compliance officers*, muitas das vezes usados como bodes expiatórios. Cf. PRITIIWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 218. Tecendo a mesma advertência no sentido de que a posição de garante do *compliance officer* pode evidenciar, por vezes, uma tentativa de fuga de responsabilidades: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 144.

[707] BOTTKE, Winfried. Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados em la empresa económica. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.* Barcelona: Bosch, 1996, p. 134.

[708] Sobre o tema, eis a preleção de Renato de Mello Jorge Silveira: "Não existe, assim, uma liberação completa, por parte do delegante, de seus deveres organizativos. Ele mantém, assim, uma posição de garantia secundária, lastreada, ainda, no dever de controle e segurança que seu papel de conteção de riscos lhe impõe. O responsável primário, obviamente, passa a ser o delegado, mas o gestor empresarial de, sempre, cuidar para que seu papel delegado seja idealmente cumprido. Em outras palavras, tem-se que o empresário delegante também assume um papel de responsabilidade, de devido controle, na escolha do delegado, bem como no controle e na vigilância do desempenho deste." SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial…* op. cit., p. 156.

original de garante do agente delegante, que se mantém responsável pela supervisão do delegatário, bem como pela disponibilização de todos os recursos (humanos e materiais) necessários ao exercício da função delegada.

Nesse aspecto, mantem-se uma responsabilidade residual e secundária do administrador-delegante.[709] Como decorrência, subsiste também o dever de reassumir a competência delegada (dever de intervenção) em, pelo menos, três hipóteses: (1) caso o delegatário renuncie; (2) encontre-se notoriamente sobrecarregado ou (3) demonstre, por robustos indícios, ser incompetente para o exercício da função delegada.[710]

Assim sendo, uma vez nomeado o oficial de cumprimento normativo, o administrador livra-se apenas do exercício direto da função de fiscalização da legalidade das atividades empresariais, mas permanece tendo a obrigação de permanente supervisão e vigilância sobre a regularidade e eficiência do exercício fiscalizador do cumprimento normativo por por parte do delegatário. A desvinculação absoluta e permanente do administrador corporativo nunca se verificará, pois é inerente ao próprio exercício da liberdade de iniciativa econômica.[711]

5.6.2.4 A situação do *compliance officer* (oficial ou diretor de cumprimento normativo) de instituições financeiras

Se a temática do *compliance* já é escassa na literatura jurídica pátria, a discussão em torno da possível responsabilização penal do *compliance officer* é assunto ainda mais raro no cenário acadêmico brasileiro. Embora notoriamente mais farta nesse ponto, a doutrina estrangeira costuma tratar do tema de forma ampla,

---

[709] Os deveres residuais que permanecem recaindo sobre o administrador-delegante consistem basicamente nos seguintes ditames: (1) seleção adequada do delegatário; (2) vigilância e supervisão permanentes da atuação do delegatário; (3) disponibilização dos meios necessários para o desenvolvimento da atividade do delegatário; (4) obrigação de paralisação de atividades perigosas e irregulares do delegatário e (5) organização e coordenação da atuação do delegatário. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 100/101.

[710] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico...* op. cit., p. 721.

[711] BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; GOMEZ-TRELLES, *Cuestiones prácticas em el ámbito de los delitos de empresa...* op. cit., p. 29.

abordando a atividade empresarial de forma geral e não mercados dotados de regramentos específicos, como é o caso do setor financeiro.

Segundo uma parcela da doutrina, deriva da *Sarbanes Oxley Act*, lei norte-americana que, em 2002, passou a disciplinar o mercado de valores mobiliários, a exigência de que os principais executivos (*Chief Executive Officer* - CEO e *Chief Financial Officer* - CFO) das empresas que têm unidades do capital social negociadas em Bolsas de Valores assinem documento em que declaram ter conhecimento das obrigações legais a serem cumpridas pela corporação, comprometendo-se a colaborar com as autoridades fiscalizadoras. Nessa condição, passariam a atuar na função que hoje se denomina como *compliance officer.*[712]

Na Espanha, a Ley 10, de 28.04.2010, que estabelece a obrigatoriedade de adoção de programa de cumprimento normativo antilavagem (artigo 26, 1)[713] por instituições financeiras, também determina a designação de profissional responsável pelo cumprimento normativo antilavagem (artigo 26, 2) e a criação de órgão específico na estrutura da empresa ou grupo empresarial destinado a fiscalizar o acatamento da normativa nesse sentido (artigo 26, 2, parte final).

O profissional referido atuará como representante da empresa junto à Unidade de Inteligência Financeira espanhola, denominada *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* (SEPBLAC), podendo tal cargo ser denominado de oficial de cumprimento, *compliance officer* ou, nos termos sugeridos pela doutrina, “detetive bancario”, “cão de guarda da integridade bancária” ou “xerife do mundo financeiro”.[714]

---

[712] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 249.

[713] Eis o teor: “CAPÍTULO IV - Del control interno. Artículo 26. Medidas de control interno. 1. Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos serán comunicados a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países.”

[714] BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales*. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>. Acesso em: 07jan.2017. Também publicado na Revista EGUZKILORE, n. 23, dezembro/2009, p. 122.

No entendimento de Ricardo Robles Planas[715], por não deter poderes executivos de direção, o oficial de cumprimento normativo não assume a obrigação geral de impedir delitos no âmbito da pessoa jurídica, cabendo-lhe, no entanto, detectar quando algo vai mal e comunicar tal fato à direção:

> [...] el responsable de cumplimiento no assume la completa posición de garantia de control o vigilância por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera uma nueva posición de garantia con el mismo contenido, sino tampoco se genera une nueva posición de garantia con el mismo contenido, sino que lo assumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior – auténtico competente primário de la evitación de delitos en la empresa.

No Brasil, a Circular BACEN n. 3.461, de 24.07.2009, que consolida regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate ao crime de lavagem de ativos, dispõe sobre a obrigatoriedade de que as instituições financeiras adotem um programa de *compliance* antilavagem (artigo 1º) e designem um diretor responsável pelos deveres de colaboração, inclusive pelas comunicações de operações suspeitas, frente ao Banco Central, nos termos do artigo 18:

> Artigo 18. As instituições de que trata o artigo 1º devem indicar ao Banco Central do Brasil diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações de que tratam os arts. 12 e 13 Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009 16
> § 1º Para fins da responsabilidade de que trata o caput, admite-se que o diretor indicado desempenhe outras funções na instituição, exceto a relativa à administração de recursos de terceiros.
> § 2º No caso de conglomerados financeiros, admite-se a indicação de um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações referentes às respectivas instituições integrantes.

Ao exercer a função de zelar pela correta implementação e supervisão do programa de *compliance*, o diretor de cumprimento normativo ocupará a posição de garantidor derivado (por delegação da posição de garante originalmente ostentada pela cúpula empresarial), figurando como responsável não só pela aplicação das políticas e procedimentos de prevenção à lavagem de ativos, mas, particularmente, pelo cumprimento da obrigação de informação de operações suspeitas.

---

[715] ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (´compliance officer´) ante el derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 324/325.

Nos termos do dispositivo normativo retrocitado, é benfazeja a exigência de que o poder de fiscalização do cumprimento normativo recaia sobre um dos diretores da instituição financeira, uma vez que, sem acesso direto à cúpula da empresa, a posição de garante não se sustenta.[716] Via de regra, o *compliance officer* será responsável pelo implementação e execução do programa de cumprimento normativo, bem como pela comunicação de operações suspeitas às autoridades, podendo-se, no entanto, em caso de conglomerados financeiros, haver desdobramento dessas duas funções (artigo 18, § 2º da Circular BACEN n. 3.461/2009).

Sobre o assunto, Débora Motta Cardoso[717] justifica a imposição de deveres de garantia no seio das instituições financeiras da seguinte forma:

> Nos limites da criminalidade de poder, na qual está inserida a lavagem de dinheiro, a demanda pela contenção dos riscos decorrentes das atuais modificações sofridas na ordem econômica, e as consequentes dificuldades na prevenção e combate dessas novas situações de perigo, encontram equivalência nos deveres de compliance. Tais deveres impostos às instituições financeiras são a prova de que os impulsos provocados pelos efeitos coletivos desse tipo especial de conduta lesiva, fizeram com que a barreira de proteção do direito penal fosse antecipada e que fosse atribuído a uma classe determinada de pessoas, o papel de garantidores do bem jurídico tutelado.

A despeito de não se referir especificamente ao crime de lavagem de ativos, a decisão do Tribunal Federal da Alemanha, datada de 17.07.2009 (BGH StR 5 394/08) também firmou o entendimento de que o *compliance officer* deve ser punido, na condição de garantidor, pelo descumprimento (em comissão por omissão ou omissão imprópria) dos deveres de detecção, comunicação e correção de irregularidades.[718] Na ocasião, foi ratificada a condenação do diretor de revisão

---

[716] Registre-se, no entanto, o entendimento segundo o qual não se extrai automaticamente do exercício da função de *compliance officer* a posição de garante, salvo se o cargo detiver poder de veto das ações da administração, uma vez que, sem tal aptidão, restaria esvaziada a possibilidade de agir para impedir o resultado. COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 106. São Paulo: RT, janeiro/2014, p. 226.

[717] CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 144.

[718] CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 139.

interna de uma empresa de limpeza pública de Berlim que tolerou cobranças de taxas superiores ao valor devido, mesmo tendo consciência dessa irregularidade.[719]

A seu turno, o Tribunal Federal da Suíça também decidiu (caso B-908-2009), em 03.11.2010, que é legítima a condenação de membros do órgão colegiado de instituição financeira que ostenta o dever de fiscalizar as contas de determinados clientes e comunicar as transações suspeitas à UIF daquele país (na hipótese, envolvendo indivíduos definidos como "pessoas politicamente expostas" por ocuparem cargos públicos em país estrangeiro).[720]

No Brasil, baseando-se nos termos do previsto na alínea ´a´ do artigo 13, § 2º do CP[721], pode-se afirmar que o ocupante do cargo de oficial ou diretor de *compliance* tem o dever de agir para evitação do resultado penalmente proscrito. Logo, será responsabilizado penalmente se, com sua omissão quanto ao descumprimento em relação aos deveres normativos de colaboração, criou ou aumentou o risco de ocorrência do crime de lavagem de ativos. Em outras palavras, isto equivale a dizer que, nos termos da vigente legislação penal brasileira, a

[719] ANTONIO LASCURAÍN, Juan. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 302.

[720] A doutrina estrangeira faz referência à investigação iniciada no Brasil, por ocasião do episódio que ficou conhecido como "Propinoduto". Relata-se que, em 1999, o governo do Estado do Rio de Janeiro constituiu um órgão que seria responsável pelo controle fiscal de grandes contribuintes. A partir da atuação desse órgão, constatou-se que determinados agentes públicos se corromperam e tiveram sua condenação penal confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 19.09.2007. Tais agentes tranferiram parte dos recursos ilicitamente auferidos para contas em determinado banco suíço, sendo certo que órgão interno responsável pelo exame das movimentações financeiras deixou de abordar, em sucessivas reuniões, as exorbitantes quantias transferidas pelos aludidos clientes brasileiros. Além disso, o mencionado órgão de controle bancário não efetuou a devida comunicação das operações suspeitas à Direção Geral da instituição financeira, impedindo, dessa forma, a ciência das transações por parte da Unidade de Inteligência Financeira suíça. Tais fatos somente foram descobertos por ocasião de auditoria realizada quando, a partir de 19.06.2002, houve a fusão do referido banco com outra entidade. Os membros do citado órgão interno de controle foram então condenados pelo Tribunal Federal suíço por crime de lavagem de ativos praticado por meio de conduta omissiva, reconhecendo-se que os funcionários se encontravam em posição de garantia e, portanto, estavam obrigados legalmente (*Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d´argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier*, de 10.10.1997) a comunicar as operações dos clientes brasileiros mencionados. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 821/822.

[721] Embora o artigo 18 da Circular BACEN n. 3.461/2009 não constitua norma legal propriamente dita, nos termos exigidos, a princípio, pelo disposto no artigo 13, § 2º, ´a´do CP, há que se interpretar o referido dispostivo de forma sistemática e, portanto,conjugada com o disposto no artigo 9º, I e 10 da Lei n. 9.613/1998. De qualquer forma, caso assim não se entenda, é inegável que a posição de garante do *compliance officer* de instituição financeira poderia ser fundamentada no contrato derivado da livre assunção da aludida função e, nessa hipótese, incidiria o disposto no artigo 13, § 2º, ´b´ do CP.

configuração concreta do crime de lavagem de ativos pelo cliente é requisito essencial à responsabilização penal do oficial de cumprimento pelo mesmo delito.

Outrossim, mesmo reconhecendo a existência de opiniões em sentido contrário[722], à vista do exposto, crê-se que o *compliance officer* tem o dever de garantir a efetiva realização da comunicação de operações suspeitas ao COAF, sob pena de responsabilização penal em caso de concretização do crime de lavagem em favor do cliente. Aliás, essa é uma das razões fundamentais que justificam a própria existência do cargo, nos termos da nomeação exigida pelo já citado artigo 18 da Circular BACEN n. 3.461/2009.

5.6.2.5 A situação dos funcionários de instituições financeiras

Embora desprovidos do poder de comando sobre os rumos institucionais e, a princípio, do poder de fiscalizar o cumprimento normativo na conjuntura empresarial, os funcionários que atuem na gestão ou transmissão do patrimônio de clientes, mesmo figurando como subordinados ou intermediários na estrutura hierárquica da entidade financeira, têm o dever de informar ao órgão interno responsável (Departamento de *Compliance*, Setor de Cumprimento Normativo ou algo que o valha) sobre fatos ou negócios jurídicos tipificados na normativa antilavagem que lhes cheguem ao conhecimento.

Portanto, com fulcro no artigo 13, § 2º, ´a´ do CP, o dever de garantia do empregado individual se limita à comunicação da operação suspeita ao órgão de controle interno, cabendo a este repassar a informação ao COAF. Evidentemente, não se exige que o empregado conheça, de forma exauriente, todos os detalhes e elementos típicos do delito antecedente que proporcionou a existência dos recursos a serem lavados. A obrigação de comunicação nasce a partir da ciência sobre

[722] Em sentido contrário, entendendo que o *compliance officer* tem deveres apenas para com a instituição a que pertence, haja vista que, via de regra, o ordenamento jurídico brasileiro não consagra o dever do particular em delatar crimes: COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470... op. cit., p. 227. Na mesma linha: GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 186.

indícios de que determinada transação se enquadra na tipificação normativa emanada da autoridade competente.[723]

Há quem entenda que, se o empregado subordinado toma ciência de uma operação suspeita efetuada por um colega de profissão, o mesmo passa a ter o dever de delatar tal situação ao órgão interno responsável, pois, do contrário, se ocorrer efetivamente um delito de lavagem de ativos praticado por terceiro, ambos os empregados responderão como partícipes em comissão por omissão. Mais ainda, sustenta-se o entendimento de que o empregado que não comunique a operação suspeita pratica o delito de lavagem, também em comissão por omissão, ainda que venha se abster ou se recusar a concretização da operação.[724]

Não se concorda com esse posicionamento.

Soa exagerado estabelecer, sob ameça penal, o dever de delação sobre a atuação de colegas de profissão igualmente subordinados e sem qualquer poder-dever de direcionamento dos rumos da corporação. A situação dos funcionários subordinados, assim como a extensão de sua responsabilidade, são distintas em relação à situação dos administradores. Crê-se, também, que, na linha do que já foi exposto anteriormente, a concretização do crime de lavagem por terceiro é elemento essencial à configuração da punibilidade da omissão do agente financeiro por descumprimento dos deveres de colaboração antilavagem.[725]

Sendo assim, ainda que não comunique a operação suspeita ao órgão interno responsável, se a operação de lavagem de ativos não se concretizar por qualquer motivo, inclusive pela recusa do funcionário em efetivá-la, não incorrerá o empregado em omissão penalmente relevante, embora subsista a infração administrativa e a possibilidade de sancionamento nessa seara.

Se além de não comunicar a realização de uma operação de lavagem de ativos, o empregado da instituição financeira revelar ao cliente que a transação foi

---

[723] Esse conhecimento é aferido no momento da realização da operação, eis que se o conhecimento ou suspeita da origem ilegal dos recursos advier posteriormente, não haverá efeitos penais (*dolus superveniens non nocet).* Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*... op. cit., p. 174

[724] Ibid., p. 242/243.

[725] O mero descumprimento da norma administrativa que fixa a obrigação de comunicar operação suspeita não é dotado de lesividade que justique a intervenção penal, razão pela qual se exige que a omissão referida venha a contribuir realmente para a ocultação ou dissimulação de ativos de procedência ilícita. Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico.*.. op. cit., p. 520.

notificada às autoridades, o funcionário responderá pelos crimes de violação de segredo profissional (artigo 154 do CP) e lavagem de ativos.

A partir do exposto, ganha ênfase a necessidade de adequada seleção, permanente treinamento e rigorosa avaliação periódica dos profissionais que atuarão em nome e em benefício da instituição financeira. Trata-se de estratégia conhecida como *know your employee* (conheça seu empregado), especialmente indicada quanto àqueles que desempenharão funções em setores reconhecidamente vulneráveis ou na fiscalização da regularidade do *compliance* bancário.

Nos EUA, há muito tempo já se considera que a eventual deficiência corporativa na seleção, treinamento e avaliação dos prepostos – em especial, os responsáveis pela comunicação de operações suspeitas (*money laundering reporting officers*) – pode resultar em graves prejuízos reputacionais, materiais e criminais para a empresa e seus membros.[726]

Esta advertência guarda relação com a já comentada política de *due diligence* (diligência devida), que consiste em ponto relevante do programa de *compliance* vinculado à exigência de que profissionais e empresas suscetíveis de serem utilizados na cadeia de lavagem tenham a iniciativa de se assegurar sobre a qualificação ética e técnica de seus colaboradores.

Sobre o tema, com relação à qualificação do destinatário dos serviços prestados, a normativa vigente é clara em relação ao mandamento de que as instituições financeiras somente devem iniciar qualquer relação de negócio ou dar prosseguimento às relações já existentes se observadas integralmente as providências de coleta, comprovação da autenticidade e permanente atualização das informações cadastrais identificadoras do cliente e de suas respectivas fontes de rendimentos, vide o teor do artigo 5º da Circular BACEN n. 3.461/2009.

[726] BOSWORTH-DAVIS, Rowan. Living with the law: a survey of money-laundering reporting officers and their attitudes towards the money-laundering regulations. *Journal of Money Laundering Control.* V. 1. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 1998, p. 243.

5.6.3 As objeções quanto às posições de garantia em instituições financeiras: generalidade e imprecisão?

Como mencionado anteriormente, a natureza e os limites normativos dos delitos de omissão imprópria no âmbito empresarial devem ser configurados em função dos deveres que competem ao indivíduo na estrutura organizacional da pessoa jurídica a que se encontra vinculado, seja como gestor ou empregado. Quando no seio da corporação existem conhecidos riscos penalmente relevantes, a responsabilidade pela abstenção em sua evitação deve ser analisada sob a luz da distribuição de competências e atribuições na estrutura interna da corporação.

Assim sendo, os papéis que competem aos indivíduos têm, nessa perspectiva, uma função decisiva na distribuição das posições de garantia em face de riscos penais, o que afasta, particularmente, a razoabilidade da arguição de responsabilização penal objetiva ou de violação ao princípio da pessoalidade da imputação criminal. Todo aquele que exerce uma atividade produtiva ou de prestação de serviços e que, por meio desta, gera riscos ou lesão a bens jurídicos, será garantidor de seu controle, ou seja, deverá organizar o exercício da respectiva atividade econômica de modo a manter o devido controle sobre as fontes de perigo pertinentes.

Dessa forma, não tem qualquer sentido a alegação de uma falaciosa posição de segurador universal para o empresário, uma vez que ninguém é considerado garantidor da evitação de todo e qualquer delito que se possa cometer no cotidiano da pessoa jurídica, mas somente dos crimes que estejam estritamente vinculados à atividade econômico-profissional desempenhada e que importem em fonte de perigo penalmente relevante.[727]

Tendo em vista que o crime omissivo impróprio tem por premissa o descumprimento do dever de garante, isto é, a obrigação de vigilância e proteção do bem jurídico em face de riscos que podem ser evitados pelo desempenho eficaz de de determinadas funções, há de se fixar quais as condições para que agentes que atuam em instituições financeiras possam ostentar a condição de garante e, por

[727] ANTONIO LASCURAÍN, Juan. *La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa...* op. cit., p. 277.

consequência, possam ser responsabilizados penalmente pelo crime de lavagem de dinheiro cometido sob a forma de omissão imprópria.[728]

Nesse aspecto, o programa de *compliance* da empresa exerce função primordial ao delimitar as zonas de risco penal (permitido e proibido). A teorização sobre o Direito Penal Econômico Empresarial não pode continuar desprezando esse fenômeno que tanto influi não somente na responsabilidade corporativa, mas também na responsabilidade penal individual no contexto empresarial, especialmente ao configurar os contornos do governo corporativo e as funções, que, de alguma forma, estejam relacionadas ao controle interno de riscos e ilegalidades.[729]

Assim, considerando-se a já mencionada obrigatoriedade de adoção um programa de cumprimento normativo por cada instituição financeira, bem como a também já citada determinação de que o referido programa venha a discriminar detalhadamente a distribuição de competências, atribuições e responsabilidades quanto ao combate à lavagem de ativos em todos os níveis hierárquicos da estrutura interna da corporação, não há margem ou justificativa, ao menos quanto ao crime de lavagem de ativos praticado por meio dos serviços prestados por instituições financeiras, para sustentar que a legislação distribuiu posições de garante de forma massiva, imprecisa, genérica ou universal.[730]

Acerca do tema, eis a apreciação de Artur de Brito Gueiros Souza[731]:

---

[728] PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. *Lavagem de capitais e delitos omissivos*: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance. Curitiba: Juruá, 2015, p. 77.

[729] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿uma cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones*. 2. ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 201. O referido autor complementa a exposição manifestando o entendimento de que não há incongruência no entrelaçamento das noções de autorregulação, *compliance* e direito penal, haja vista que é ilusório o enxergamento de frontal e insuperável incompatibilidade entre a culpabilidade jurídico-penal individual e a culpabilidade administrativa da empresa ou pessoa jurídica. Trata-se de reações a infrações a normas distintas, que, no entanto, podem se complementar reciprocamente. Ibid., p. 204.

[730] Assim se pronuncia Silva Sánchez: "[…] en la práctica, que todas las empresas, todos sus administradores y directivos se hallan obligados – a partir de ahora – a actuar como garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización; en otras palavras, como agentes de policía. La conformación de esta posición de garantia universal es, probablemente, la máxima expresión de la capacidad del delito de blanqueo de capitales para expandir el Derecho penal." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales...* op. cit*.,* p. 139.

[731] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Programas de compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica...* op. cit., p. 202.

> [...] as modernas estratégias de autorregulação regulada, das quais os programas de compliance são os principais referenciais, estão a modificar profundamente as práticas empresariais, estabelecendo novos padrões éticos na Lex Mercatoria. Essas estratégias também estão a trazer influências para o Direito Penal, nomeadamente ao Direito Penal Econômico, não somente para a questão da societas delinquere potest, como, igualmente, para a atribuição de responsabilidade individual nos crimes de empresa, permitindo-se clarificar as posições de garantia e de vigilância de dirigentes, oficiais de compliance e empregados de uma organização empresarial. [...]

Todos os membros da instituição financeira que tenham de cumprir tarefas ligadas aos deveres de colaboração antilavagem assim atuarão nos termos expressos pelo respectivo programa de cumprimento normativo, de onde extrairão os limites e deveres a serem observados. Será legítmo, portanto, que o eventual descumprimento da normativa enseje, em tese, a responsabilização por crime de lavagem de ativos cometido por omissão.

O afastamento dos membros da direção da instituição financeira do contato direto com os clientes poderia gerar alguma dificuldade quanto à compreensão de sua posição de garantidor, mas esse é um problema apenas aparente.

Especificamente em relação ao crime de lavagem de ativos, o dever de garante do empresário se resume à implementação e cumprimento eficaz das tarefas antilavagem claramente fixadas pelo artigo 10 da Lei n. 9.613/1998, que, aliás, guarda estreita consonância com o disposto no artigo 26 da já citada Lei espanhola que trata da mesma temática (Ley n. 10, de 28.04.2010).

Portanto, uma vez tomadas tais providências, o diretor-presidente ou membros do conselho de administração da instituição financeira estão, a princípio, exonerados da responsabilidade caso o crime de lavagem de ativos venha a se configurar, por exemplo, se algum bancário decide, concretamente, não efetuar a devida comunicação de operação suspeita, burlando, de alguma forma, as normas e controles previamente estabelecidas. Portanto, a posição de garante do empresário é específica, ou seja, consiste no dever de contenção máxima possível dos riscos estritamente ligados à atividade econômica desenvolvida pela instituição financeira.[732]

Longe de se exigir a onisciência ou a onipresença do empresário, reconhece-se que o poder de iniciativa e de direção sobre o negócio induzem, lógica e legitimamente, à sua obrigação de exercer o devido controle sobre os riscos penais

[732] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*... op. cit., p. 838.

envolvidos na respectiva atividade corporativa, nos termos do que, por exemplo, dispõem os artigos 31 e 31 bis do Código Penal espanhol.[733]

Concorda-se com a opinião[734] de que é desnecessária a criação de um tipo penal especificamente destinado a punir a omissão e o retardamento da comunicação de operações suspeitas, nos moldes adotados por alguns dos países retromencionados, inclusive, sob recomendação da OEA. Eventuais comportamentos, voluntária e conscientemente, dirigidos a descumprir ou obstruir o cumprimento de algum dos deveres antilavagem normativamente estabelecidos podem ser perfeitamente enquadrados no crime de lavagem de ativos, sob a modalidade de conduta omissiva imprópria ou comissão por omissão, nos termos do artigo 13, § 2º do CP.[735]

---

[733] Eis a redação dos respectivos dispositivos, sob a redação dada pela Ley Orgánica n. 05, de 23.12.2010: "Artículo 31. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso."

[734] ASMAT COELLO, Diana Marisela. Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas em la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores, 2015, p. 441.

[735] GOMES, Abel. A obrigação de comunicar operações suspeitas. *Revista da AJUFE*. V. 21. Brasília: 2004, p. 50. Registre-se, no entanto, a sinalização de Jorge de Figueiredo Dias, segundo a qual uma possível solução para o não emprego de delitos de perigo abstrato consistiria exatamente na criação de delitos de desobediência à normativa emanada de entidades administrativas especializadas tecnicamente na fiscalização de determinadas atividades, fortacendo-se, assim, o seu poder de conceder autorizações e impor proibições. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: D´ÁVILA, Fabio Roberto D´Avila; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Orgs.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006, p. 57.

5.7 A responsabilidade penal individual por lavagem de ativos no âmbito empresarial: a questão da imputação a título de autoria ou participação

Como visto, segundo a normativa vigente, o comandante da instituição financeira tem a obrigação de estabelecer um programa de *compliance* com vistas ao cumprimento integral e eficaz da normativa antilavagem.

A seu turno, o oficial de cumprimento normativo ou diretor responsável por tal função tem a obrigação de zelar pela observância do referido programa de cumprimento normativo por parte de todos os membros da pessoa jurídica.

Nos limites de suas respectivas funções, os demais funcionários da instituição financeira que exerçam atividades ligadas à recepção, intermediação ou transmissão de bens têm o dever de cumprir os deveres de colaboração antilavagem, comunicando ao órgão interno de fiscalização não só as operações suspeitas de que venham a ter conhecimento.

Relembre-se que o artigo 1º, § 1º, I da Circular BACEN n. 3.461/2009 estabelece expressamente que é ponto essencial dos programas de *compliance* a serem implementados pelas instituições financeiras a especificação das responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição. Tal exigência tem a nítida finalidade de evitar a indefinição ou falta de clareza na individualização de competências em organizações empresariais complexas.

Perante essas circunstâncias, a doutrina discute quando e em que circunstâncias dirigentes, oficiais de cumprimento normativo e funcionários de instituições financeiras poderão responder pelo crime de lavagem de ativos a título de autoria ou participação.

Os autores que abordam o tema costumam partir de exemplos criados por eles próprios ou buscados na jurisprudência e, quase sempre sem maiores detalhamentos acerca da postura individual e, o que é mais grave, sem detalhes sobre a interação entre os intervenientes, afirma-se genericamente que o agente que ocupa esse ou aquele cargo deverá ser sancionado a título de autor ou partícipe, conforme o caso.

Por exemplo, uma parcela da doutrina assevera que, quando houver omissão no cumprimento dos deveres antilavagem e este fato viabilizar a prática do referido

crime, o *compliance officer* será considerado autor, enquanto os demais eventuais intervenientes (inclusive, da cúpula administrativa) responderão apenas por participação.[736]

Em que pese o entendimento mencionado, este não parece ser o melhor critério.

De início, deve-se dizer que são muitas as teorias dogmáticas que, no contexto do concurso de pessoas, pretendem definir a distinção entre autoria (ou coautoria) e participação. O tema é reconhecidamente polêmico[737] e sua solução não configura objeto do presente estudo.

Há dúvidas até mesmo se o Direito Penal positivo brasileiro traça distinção entre os intervenientes no concurso de pessoas, ou seja, acolhe o sistema unitário ou diferenciador nesse aspecto. Tal discussão será trazida a lume oportunamente, o que não impede que, desde já, seja assentado, como ponto de convicção, o fato de que, caso seja admitida a distinção entre as figuras de autor e partícipe, ao primeiro caberia o papel central no evento delitivo enquanto, ao segundo, restaria um papel acessório ou secundário.

A partir dessa premissa – propositalmente genérica –, crê-se que a análise da da concreta contribuição causal individual para a ocorrência do resultado delitivo é essencial para que se chegue a qualquer conclusão sobre a responsabilidade a título de autoria ou participação de cada agente. Por óbvio, tal exame demanda, inarredavelmente, a verificação das circunstâncias e da prova do caso concreto no tocante aos respectivos comportamentos ostentados no contexto de empreitada criminosa levada a efeito por meio do concurso de pessoas.

Em síntese, crê-se que a intervenção delitiva individual no âmbito empresarial não difere de qualquer outro setor, ou seja, poderá enquadrar-se como autoria ou participação a depender, sempre, da capacidade e da atuação concreta do agente quanto aos aspectos principais e acessórios do tipo penal. Sendo assim, sob risco de incursão em rigorosa injustiça ou consagração de privilégios, é inadmissível o

---

[736] CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro.* São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 191.

[737] Reconhecendo a intensa e pendente discussão doutrinária sobre a questão, apontam-se sobre o tema, apenas à guisa de síntese, as seguintes correntes: teoria material-objetiva, teoria subjetivo-material, teoria formal-objetiva, teoria da instigação-autoria e teoria do domínio do fato. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral...* op. cit., p. 347.

engessamento de regras ou exemplos gerais de responsabilização penal a título de autoria ou participação quanto ao crime de lavagem de ativos praticado no âmbito ou por meio de instituições financeiras.

5.8 O dever de abstenção da realização da operação financeira suspeita atípica

A princípio, ante a inexistência de previsão normativa expressa nesse sentido, não seria exigível a abstenção do agente financeiro em relação à realização da operação definida como suspeita, sendo obrigatória apenas a sua comunicação às autoridades. Porém, independentemente da prévia tipificação normativa, caso o agente financeiro tenha acesso a elementos que o levem à ciência, acima de qualquer dúvida razoável, de que determinada transação financeira configura um ato efetivo de ocultação de patrimônio ilicitamente obtido, o mesmo deve se abster de concretizar a aludida transação, sob pena de, com sua consciente contribuição para o resultado, incorrer em responsabilidade penal por lavagem de ativos.[738]

Nesse caso, cuja demonstração concreta – reconheça-se – é bastante rara e difcultosa, a mera comunicação da operação suspeita não elidiria, por si só, o envolvimento do membro da instituição financeira em eventual prática criminosa, eis que apenas a abstenção da realização da operação produziria tal efeito exonerador.[739]

Nessa mesma linha, e até além dela, o artigo 24 da Diretiva 2005/60, do Conselho da União Europeia determina que os Estados nacionais assegurem que as instituições financeiras se abstenham de executar as transações que saibam ou mesmo suspeitem estar relacionadas à lavagem de ativos, mesmo antes de comunicarem o fato às autoridades competentes. Eis os exatos termos do aludido dispositivo:

---

[738] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales...* op. cit., p. 136.

[739] CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 191.

> Artículo 24. 1. Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que se abstengan de ejecutar transacciones de las que sepan o sospechen que están relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo hasta tanto no hayan completado la acción necesaria de conformidad con el artículo 22, apartado 1, letra a). Con arreglo a la legislación de los Estados miembros, podrán darse instrucciones para que no se ejecute la operación.
>
> 2. Cuando se sospeche que la transacción considerada implicará blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y abstenerse de ejecutarla resulte imposible o pueda comprometer el procesamiento de los beneficiarios de la presunta operación de blanqueo o financiación del terrorismo, las entidades y personas afectadas informarán de ello a la UIF inmediatamente después.

De lege ferenda, é de se refletir sobre a adoção de dispositivo expresso nesse sentido a ser inserido na Lei n. 9.613/1998, eis que o já comentado dinamismo que marca a criminalidade econômico-empresarial moderna impede que a normativa legislação acompanhe *pari passu* todos os movimentos e inventividades que costumam aflorar em termos de técnicas de lavagem de ativos, sendo imprescindível, portanto, que, com seus conhecimentos técnicos específicos e sua maior proximidade com os detalhes do caso concreto, as instituições financeiras e seus membros venham a colaborar na obstrução de operações que, embora ainda não se encontrem expressamente tipificadas, contenham elementos que amparem robusta suspeita ou mesmo a certeza de vínculo com ilegalidades.

Reconhece-se, no entanto, que, perante a vigente legislação brasileira e em respeito à segurança jurídica, na ausência de dados que caracterizem a má-fé e o intento de colaborar para a prática do crime de lavagem de ativos pelo cliente, é descabida a responsabilização penal de membros da instituição financeira quando for cumprido o dever de comunicação da operação tipificada como suspeita ao COAF, ainda a transação não deixe de ser efetuada.[740]

[740] KAPPEL, Mariana Pacini de Andrade. Operações suspeitas: o dever de comunicação e a responsabilização do gerente de instituição financeira pelo delito de lavagem de dinheiro. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 294.

5.9 O elemento anímico do crime de lavagem de ativos: pontos relevantes

O presente trabalho não tem por meta enumerar e analisar aprofundadamente todas as correntes doutrinárias sobre o conteúdo e a forma de comprovação do elemento anímico do comportamento delinquente. O que se pretende é apenas tecer uma breve exposição sobre algumas concepções doutrinárias acerca do dolo e suas implicações na imputação do crime de lavagem de ativos, com particular enfoque na visão jurisprudencial sobre o assunto.

A legislação vigente no Brasil tratou do elemento subjetivo da conduta (artigo 18 do CP), mas nada estabeleceu em relação aos critérios de sua caracterização ou aferição no caso concreto. Por outro lado, a modalidade culposa de conduta somente é incriminada se prevista, expressa e especificamente, no respectivo tipo penal, com base no artigo 18, parágrafo único do CP. Sendo assim, como o legislador brasileiro não previu textualmente a lavagem culposa, tal crime somente é punível se cometido dolosamente, ou seja, se o agente tem conhecimento de que os recursos provêm de infração penal anteriormente praticada.

Por óbvio, tal conhecimento está presente se o agente lavador é o próprio autor do crime antecedente (autolavagem). No entanto, no que concerne à ciência da proveniência ilegal dos bens e a finalidade de desvinculá-los dessa condição para reinserção na economia regular, o dolo de terceiros intervenientes (ex.: dirigentes e empregados de instituições financeiras) no processo de lavagem deve ser concretamente comprovado, restando verificar sob quais critérios.

Nesse prisma, o dolo se apresenta como instituto dúplice, ou seja, é pertinente tanto ao direito penal, quanto ao direito processual penal, haja vista que, a um só tempo, integra a composição da tipicidade, no tocante ao estudo da teoria do delito, e constitui elemento a ser demonstrado para fins de fundamentação de condenação criminal, razão pela qual também se relaciona com a teoria da prova. Daí o porquê da afirmação de Cornelius Prittiwitz[741] de que o aspecto central do dolo

[741] PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht unt Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminal-politik in der Risikogesellschaft.* Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1993, p. 359 *apud* COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 07.

é processual e não somente conceitual. Em termos pragmáticos, o dolo se resume ao ânimo que se pode demonstrar, uma revelação objetiva da intenção subjetiva.[742]

Estabelecidas essas premissas, há de se resolver duas questões importantes: (1) quais os meios para se inferir o elemento subjetivo da conduta no crime de lavagem de ativos? (2) O crime de lavagem de ativos pode ser cometido por dolo eventual?

5.9.1 O critério de aferição do dolo: as concepções volitiva e cognitiva

Pode-se afirmar que as principais propostas de caracterização do dolo são sintetizáveis em duas grandes categorias[743]: a corrente ontológica e a corrente normativista.

Majoritária no meio doutrinário e tradicionalmente acolhida no ordenamento positivo[744], a corrente ontológica, também chamada de volitiva ou psicológica, visualiza o dolo como elemento mental interno do sujeito, uma relação de vontade dirigida à violação do bem jurídico e esse ânimo seria inferido por meio de indícios. Caso acolhida essa tese em seus termos absolutos, seria o caso de se exigir a determinação judicial, sabe-se lá a que custo, da realização de perícias psiquiátricas ou psicológicas em todas as ações penais para tentar aferir qual teria sido a real vontade do agente quando da prática do comportamento, se é que isso é possível em termos técnicos e sem conotações de adivinhação esotérica.[745]

---

[742] BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: *Dolo e direito penal*: modernas tendências. BUSATO, Paulo César et al (Coords.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 64.

[743] Uma terceira via nessa discussão é a da concepção significativa do dolo, que foi introduzida por Hassemer e desenvolvida por Vives Antón. No Brasil, o principal autor que discorre sobre o tema é Paulo César Busato. Baseada na Filosofia da Linguagem (Wittgenstein), tal corrente sustenta, que, embora seja um fenômeno originalmente interno, a conduta torna-se dolosa e, portanto, punível a partir comprovação de indicadores externos que justifiquem sua atribuição ao agente. Nesse prisma, o dolo não é uma intenção, mas uma demonstração de que o sujeito tomou a decisão ou assumiu o compromisso de agir contrariamente ao bem jurídico. Ibid., p. 64.

[744] Por força do disposto no artigo 18, o Código Penal brasileiro parece ter feito uma opção pela corrente volitiva ao acolher a teoria da assunção ou consentimento. Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal...* op. cit., p. 242.

[745] A teoria volitiva teima em traçar a diferença entre dolo e culpa com base exclusiva em uma disposição interna acerca do fato, um dado inacessível à investigação e à prova forense. A instância

Ocorre que a configuração do dolo não pode depender, sob pena de inviabilização, da comprovação de uma realidade mental, interna e inacessível. Em outras palavras, não há como saber e, muito menos, comprovar o que o agente pensava ou queria no exato momento em que praticou a conduta incriminada, eis que não se tem acesso direto ao cérebro do indivíduo. O conceito de dolo volitivo (como processo psicológico) acarreta a impossibilidade de sua constatação prática ou processual. Não há como verificar se efetivamente houve por parte do agente uma representação do resultado – no sentido de cogitação, consideração, previsão – ou se o mesmo realizou um cálculo para determinar a probabilidade de sua produção.

Por tais obstáculos, a concepção volitiva pura vem sendo superada pela concepção assim nominada de cognitiva, no sentido de associação do elemento anímico do delito não a uma vontade interna impercrustável, mas a um estado mental de cognição ou consciência da incursão na zona de proibição ou de risco não permitido, o que pode ser inferido a partir de dados e elementos objetivos.

A corrente cognitiva sustenta que a configuração da conduta criminosa dolosa dar-se-á mediante a demonstração da presença de elementos externos objetivos que permitam, racionalmente, atribuir o direcionamento espontâneo ao autor no sentido do atingimento do resultado típico legalmente previsto. Sobre o tema, eis a apreciação de Pedro Jorge Costa[746]:

> O dolo é conceito jurídico e não corresponde por si só a qualquer estado mental ou emocional previamente dado ao legislador ou ao operador do direito [...] Logo, o dolo não se cuida de fato, nem psicológico, nem físico, nem institucional. Semanticamente, dolo e imprudência são juízos normativos de reprovação a uma conduta penalmente relevante. Pragmaticamente, com o uso do conceito de dolo se valora uma ação. Trata-se de valoração, reprovação refletida no tipo e não na culpabilidade. A raiz do termo dolo, o latim dolare, ofender, mostra essa ideia.

---

compentente para decidir a respeito do significado jurídico do perigo reconhecido pelo autor não é ele próprio, mas sim o direito. Embora a jurisprudência e a doutrina dominantes estabeleçam que somente haverá delito doloso consumado se o autor conhecer, ainda que de forma reduzida, as características essenciais do curso causal, a única coisa que o dolo tem em comum com a vontade é o fato de que o autor cria voluntariamente um fator necessário do perigo doloso por ele conhecido. O autor vivencia a criação do perigo doloso como algo que depende da sua vontade. Cf. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa.* Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 95.

[746] COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova...* op. cit., p. 297.

Por conseguinte, o dolo é um compromisso do indivíduo com a violação do bem jurídico que não pode fundamentar-se naturalisticamente em um processo puramente psicológico, de mero desejo, mas deve, isto sim, ser demonstrado por por meio de um processo de imputação normativa.[747] Dessarte, a concepção cognitiva não elimina o elemento volitivo (intenção), mas o agrega ao elemento normativo (querer normativo ou compromisso com o significado externo da conduta).[748]

Nessa linha, como explana Humberto Souza Santos[749], o caminho correto é admitir a consciência e não a vontade como centro de gravidade do dolo. Portanto, o dolo deve ser definido como a criação consciente de um risco eficiente em contexto no qual o autor se comporta dolosamente quando tem a cognição de que, com sua ação ou omissão, está criando um perigo ou lesão relevante ao bem jurídico penalmente tutelado. Não há, a princípio, no âmbito da teoria cognitiva distinção entre modalidades de dolo, mas apenas um dolo unitário consistente no conhecimento do agente sobre o fato de que o conteúdo e circunstâncias de seu comportamento conduzem eficientemente ao risco de produção do resultado.

Em tom similar, o conteúdo da Recomendação 2.b do GAFI fixa que: "A intenção e o conhecimento exigidos para provar o crime de lavagem de dinheiro é consistente com os parâmetros traçados nas Convenções de Viena e Palermo, incluindo o conceito de que o estado mental pode ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas." Normas assemelhadas são encontradas em tratados internacionais, como, por exemplo, no artigo 6º, item 2, ´f´, da Convenção das

---

[747] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César et al (Coords.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

[748] Ibid., p. 55.

[749] SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 97. São Paulo: RT, 2012, p. 96. Em relação ao risco eficiente, o referido autor elenca uma série de operações suspeitas que, uma vez praticadas, indicariam o dolo do agente quanto ao delito de lavagem de ativos, sendo elas: ausência de racionalidade econômica da transação; envolvimento de pessoa jurídica sem atividade operacional; participação de pessoa física de perfil socioeconômico radicalmente diverso dos titulares usuais da mesma posição/função; circulação ocasional ou definitiva de recursos por países considerados paraísos fiscais; transferência meramente formal de participação societária ou da sede da empresa; efetuação de operações financeiras com empresas offshore; alteração brusca de faturamento de empresas usualmente deficitárias; realização de negócios desvinculados da atividade-fim da empresa; uso de múltiplas contas bancárias e movimentação de altas quantias de dinheiro em espécie, entre outras.

Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto n. 5.015/2004) e no artigo 28 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto n. 5.687/2006).

Mesmo reconhecendo a importância do estabelecimento de parâmetros claros e razoáveis quanto à matéria[750], conclui-se que o elemento subjetivo (ânimo ou intenção que permeia a conduta individual) pode ser inferido a partir de dados externos e objetivos que indiquem o deliberado afastamento do conhecimento de circunstâncias criminalmente relevantes. Na composição do conceito de dolo, é primordial o conhecimento situacional do agente no tocante à concreta probabilidade de que a conduta empreendida tem aptidão para causar o resultado penalmente típico, o que deve ser aferido, segundo Ramon Raguès Y Vallés[751], a partir dos seguintes critérios:

(1) o sujeito exteriorizou durante ou depois da realização da conduta sua plena consciência da lesividade do comportamento concreto adotado;

(2) Durante a execução do ato, houve inequívocos sinais da percepção de uma aproximação do resultado proibido e, apesar disso, o indivíduo prosseguiu adiante com o comportamento;

---

[750] Sobre o tema, vale destacar a decisão proferida pela Corte de Cassação da Itália, em 2014, no caso ThyssenKrupp. Na ocasião, o referido reformou a decisão prolatada em primeira instância e afastou a condenação, por homicídio doloso, de dirigentes e admininstradores delegados em decorrência da morte de sete operários por ocasião de um incêndio ocorrido nas dependências da aludida corporação, na cidade de Torino, em 2007. A mencionada Corte Superior italiana assentou, então, que o elemento subjetivo da conduta tem, como critério de avaliação, suposições psicológicas inerentes ao estado mental do agente, o que pode ser inferido a partir de elementos indicativos do dolo (eventual), tais como: o grau de periculosidade da conduta, a probabilidade de verificação do evento danoso, o grau de desvio da conduta conforme o dever de cautela, entre outros vetores. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 121. São Paulo: RT, julho/2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/121.08.PDF>, p. . Acesso em: 30jun.2017.

[751] RAGUÉS Y VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1999, p. 523.

(3) a dinâmica comissiva torna impensável que o sujeito não tenha refletido, de forma integrada, sobre os diversos fatores isoladamente conhecidos a ponto de formar um juízo concreto sobre a atitude lesiva.

Nessa exata direção, o Supremo Tribunal espanhol entendeu que a realização, pelo operador bancário, de diversas transações financeiras incomuns que ocultam a origem e natureza do dinheiro viabiliza a imputação do dolo inerente ao crime de lavagem de ativos (Sentencia n. 1.704/2001, de 21.9.2001):

> Blanqueo de dinero procedente de tráfico de estupefacientes. Problemas de derecho transitório en relación con los tipos establecidos en el CP 1.973. No es necesario que haya recaído sentencia penal en relación con el tráfico de estupefacientes. Operaciones que ocultan el origen del dinero y favorecen a quien ha obtenido las ganancias. Indicios de los que se puede deducir el conocimiento del origen del dinero blanqueado.

Destarte, sob pena de tornar o Direito Penal uma peça de ficção, um faz-de-conta que existe apenas no papel, gerando inaceitável impunidade, não se pode exigir que o órgão acusador comprove um elemento anímico intangível, haja vista ser este um mister impossível, verdadeiro ônus probatório diabólico.

Nesse sentido, a despeito do já citado acolhimento da vetusta teoria volitiva pelo Código Penal de 1940, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o dolo, inclusive eventual, pode sim ser comprovado a partir da análise das circunstâncias objetivas do evento delitivo, o que é bem exposto em acórdão da relatoria da Ministra Ellen Gracie[752], cuja ementa dispôs o seguinte:

> [...] 2. O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.

[752] Cf. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 67252/São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 23.06.2009.

5.9.2 A questão da (in)admissibilidade dolo eventual

Quanto ao segundo questionamento apresentado, tem-se a discussão em torno da natureza do dolo exigível para configuração do crime de lavagem de ativos por agentes financeiros. Em maiores detalhes, há de se indagar: qual o grau de consciência exigido do agente financeiro sobre a procedência dos bens? É suficiente que o mesmo desconfie da origem infracional (dolo eventual) ou faz-se necessária a consciência plena (dolo direto ou certeza inequívoca) da proveniência ilícita do bem?

É cediço que o artigo 18 do CP definiu como doloso o comportamento no qual o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual). A partir daí, uma parcela da doutrina sustenta que somente o dolo direto ensejaria a configuração do delito de lavagem de ativos.[753]

A despeito do posicionamento referido, não há respaldo no ordenamento jurídico pátrio para tal afirmação.

No contexto da normativa internacional, a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (Decreto n. 154/1991, artigo 3, 1, ´b´, i);[754] a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto n. 5.015/2004, art. 6, 1)[755] e a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu (artigo 1, 2, a e b[756]) preveem que o agente deve ter conhecimento da proveniência criminosa

[753] Nesse sentido: CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais.* V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 223; CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro.*.. op. cit., p. 85; PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003, p. 136; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*... op. cit., p. 59.

[754] Eis a redação: "Artigo 3, 1, ´b´, i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos;"

[755] Eis a redação: "Artigo 6, I: Criminalização da lavagem do produto do crime.1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:[...]".

[756] Eis a redação: "Artigo 1, 2. A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades,realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar

dos bens objeto de ocultação para ser punido por lavagem de ativos, sem entrar em maiores detalhamentos ou vedar a punição por dolo eventual

Em que pese a existência de exceções pontuais nas quais o legislador previu, textualmente, no tipo penal específico, a punição do dolo eventual (ex.: artigo 180, § 1º do CP)[757], é sabido que apenas a punição da modalidade culposa de conduta demanda expressa previsão legal em cada tipo penal, nos termos do artigo 18, parágrafo único do CP.

Noutro aspecto, é, no mínimo, incomum a exigência de dolo direto na hipótese, eis que a mesma demanda não se verifica em relação a outros tipos penais em vigor. Em que pese a existência de entendimento em sentido contrário[758], além da falta de lastro legal para a aludida distinção entre as modalidades de dolo, esse pseudo-requisito afrontaria a segurança da ordem jurídico-penal, uma vez que subordinaria a efetividade da persecução de determinados crimes às voluntariedades da doutrina.

Ademais, embora fosse desnecessário o detalhismo, a aplicabilidade do dolo eventual à imputação do crime de lavagem de ativos encontra, com tom de interpretação autêntica, apoio expresso na parte final do item 40 da Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998 (EM n.º 692/1996).[759]

---

a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; [...]"

[757] O que se dá por meio de expressões como "sabendo" ou "devendo saber", como ocorre, há muito tempo e sem grande alarde doutrinário, quanto ao crime de receptação, previsto no artigo 180, parágrafo 1º do CP. Na Espanha, o legislador assim o fez textualmente em relação ao crime de lavagem ao estabelecer no artigo 301, 2 do CP o seguinte: "2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos."

[758] Registre-se, no entanto, sob fundamentos de política criminal, a opinião externada por Pierpaolo Cruz Bottini sobre o tema: "Aceitar o dolo eventual para todas as formas de lavagem de dinheiro não parece adequado do ponto de vista político-criminal porque resultaria na imposição de uma carga demasiado custosa àqueles que desempenham atividades no setor financeiro, afinal, sempre será possível duvidar da procedência do capital de terceiros com o qual se trabalha, à exceção dos casos em que a licitude original é patente. A fungibilidade do bem impede – em geral – o reconhecimento seguro de sua procedência, e mesmo que sejam adotadas medidas de averiguação do cliente e da operação, nos termos dos atos regulatórios em vigor, sempre – ou quase sempre – haverá espaço para dúvida." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG... op. cit., p. 392.

[759] Eis o teor: "40. Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (artigo 1o, § 1o, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da

Para fins de imputação criminal por lavagem de ativos, não se exige, portanto, a comprovação cabal de que o agente financeiro conhece inequivocamente todos os detalhes da origem dos recursos lavados, como, por exemplo, qual o delito exato que os gerou, quando e quais agentes o praticaram etc. Sendo assim, há de se manifestar concordância quanto à opinião de que o dolo abrange duas possibilidades quanto ao crime de lavagem de ativos:

(1) a punição do agente que, atuando com dolo direto, tem o conhecimento de que os bens e direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividades criminosas, embora não necessariamente tenha ciência específica sobre detalhes do crime antecedente;[760]

(2) a punição do agente que, atuando com dolo eventual, mesmo não tendo pleno conhecimento inequívoco da origem criminosa dos recursos financeiros, cometa o referido crime ao ostentar ciência da alta probabilidade de incidência desta circunstância (explicite-se: acima de qualquer dúvida razoável) e, ainda assim, mantenha postura indiferente, assumindo, destarte, o risco de violação ao bem jurídico penalmente tutelado.[761]

---

utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do caput do artigo."

[760] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 60.

[761] Ibid., p. 62.

5.9.3 A teoria da cegueira deliberada

5.9.3.1 Terminologia e conteúdo

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness theory*), também conhecida como teoria das instruções do avestruz (*ostrich instructions theory*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial por meio da qual se afigura possível o enquadramento, a título doloso, do comportamento de quem, mesmo ciente da elevada probabilidade e tendo condições de aprofundar o conhecimento do risco, opta por agir modo indiferente ao mesmo praticando a conduta da qual deveria se abster ou deixando de tomar providências para mitigar o risco penalmente proibido.

O marco histórico dessa tese se dá, em 1861, no caso *Regina vs. Sleep* na Inglaterra. Sleep era proprietário de uma indústria do ramo de ferragens e teria tentado remeter ao exterior parafusos de cobre que teriam sido desviados anteriormente do patrimônio público. A conclusão condenatória baseou-se no entendimento de que a abstenção intencional em obter conhecimentos seria digna de receber o mesmo tratamento punitivo e consequência penal aplicados ao conhecimento real.[762]

Nos EUA, o precedente teria se dado, em 1899, por ocasião do julgamento do caso *United States vs. Spurr* pela Suprema Corte norte-americana. Spurr era presidente do *Commercial National Bank of Nashville* e teria certificado a existência de fundos em cheques emitidos por um cliente que não possuía recursos suficientes para cobri-los, mediante indiferença grosseira (*grossly indifference*) em relação a dados aos quais teria pleno acesso.[763]

A partir da década de 1960, a discussão sobre a *willful blindness theory* ganha relevo nos EUA ante sua previsão na Seção 2.02.7 do *Model Penal Code*, texto-padrão proposto, em 1962, pelo *American Law Institute,* para orientar as

[762] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 291.

[763] Ibid., p.292.

legislações penais estaduais. Na Seção 2.02.7 do aludido documento normativo, criada especialmente para acolhimento da teoria da ignorância deliberada, esta recebe o título de “conhecimento da alta probabilidade que satisfaz a exigência de conhecimento”. Tal hipótese teria aplicação quando a pessoa atua com desconsideração consciente de um risco substancial e injustificado sobre delito que exista ou acabe resultando de sua conduta.[764]

No final do século XX, a doutrina da ignorância deliberada voltou ao cenário jurisprudencial norte-americano depois de algumas décadas de abandono. Nessa fase, o precedente comumente lembrado decorre do caso *United States vs. Jewell*, julgado, em 1976, pelo Tribunal de Apelações do 9º Circuito Federal, no qual esse indivíduo foi condenado ao alegar que ignorava transportar maconha e dinheiro, mesmo afirmando saber que o carro que pilotava tinha um compartimento de fundo falso.[765]

A tese ganha importância quanto à imputação do crime de lavagem de ativos a agentes financeiros à medida que, tendo fundada suspeita de que os recursos do cliente provenham de fonte ilegal ou tendo a possibilidade e o dever de obter maiores informações sobre tais circunstâncias, os mesmos prefiram se manter em estado de ignorância (cegueira voluntária ou deliberada), deixando de cumprir os deveres de colaboração antilavagem ou de se abster quanto à realização da operação, o que ocorreria com o fim de, por exemplo, não afugentar clientes ou para atingir metas de lucratividade e produtividade. Em suma, a cegueira deliberada importaria em gravíssima indiferença do agente em relação a um conhecido e claro limite de risco penalmente proibido.

O resumo de Lilley[766] bem ilustra como se daria a aplicação da cegueira deliberada à lavagem de ativos por meio de instituições financeiras:

> Na essência, a “cegueira voluntária” ocorre quando o pessoal do banco ou da empresa foi treinado para reconhecer sinais evidentes de lavagem de dinheiro, mas não chega a denunciar as transações ou os clientes, mesmo sabendo que deveria fazê-lo. Normalmente,

---

[764] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada...* op. cit., p. 49.

[765] Ibid., p. 293.

[766] LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 79.

> embora se deva dizer que nem sempre, isso ocorre porque o funcionário envolvido irá receber algum tipo de recompensa oferecida pelo empregador, como, por exemplo, uma comissão pela transação. Todavia, e até onde eu saiba, pouco foi pesquisado do assunto, um conceito muito mais interessante e relevante seria a cegueira voluntária corporativa, que ocorre quando a própria organização deixa de denunciar sinais de lavagem de dinheiro, instruindo (implícita ou explicitamente) seus funcionários a fazer o mesmo.

Numa conjuntura em que o portador de dinheiro sujo não tem qualquer razão para muito revelar e o agente lavador também não tem lá muitos motivos para questionar, é de se esperar que muitas perguntas e exigências não sejam benvindas nessa relação. Sobre o tema, assim disserta Moro[767]:

> Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosa é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal. O cliente, ademais, também não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime. Quanto menor o número de pessoas cientes do ocorrido, tanto melhor. O lavador profissional que se mostra excessivamente 'curioso' pode perder cliente ou se expor a uma situação de risco perante ele. O natural, nessas circunstâncias, é que seja revelado ao agente da lavagem apenas o necessário para a realização do serviço, o que usualmente não inclui mais informações sobre a origem e natureza do objeto da lavagem.

Segundo destaca a doutrina, a ignorância sobre dados penalmente relevantes concernentes ao comportamento pessoal ou profissional de determinado agente se deve à deliberação prévia do mesmo, o qual toma providências para não obter a representação mínima necessária, evitando a pena de crimes dolosos ou qualquer punição penal, se o crime não tiver a previsão da modalidade culposa. Portanto, adotado o conceito de dolo eventual como agir ou omitir apesar da alta probabilidade da realização do tipo, a maioria dos casos de ignorância deliberada acabam se enquadrando como hipóteses de dolo eventual no Direito continental.[768]

Em suma, a teoria da cegueira deliberada pressupõe situação na qual o indivíduo cerra os olhos diante de situação em que, se mantivesse os olhos abertos, teria condições de reconhecer ou suspeitar da tipicidade e ilicitude da conduta. Portanto, essa doutrina sustenta a equiparação, para fins de imputação de

---

[767] MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 69.

[768] COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova...* op. cit., p. 299.

responsabilidade penal, entre o conhecimento efetivo dos elementos objetivos de determinada conduta delitiva e o desconhecimento intencional desses mesmos elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de culpabilidade ou censurabilidade de quem sabe que está agindo ou colaborando ilicitamente não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância ou evitar tal conhecimento.

5.9.3.2 Fundamentação teórica e normativa

Para Silva Sánchez, a teoria da cegueira deliberada seria um desdobramento da retromencionada concepção cognitiva de dolo, sendo desenvolvida na cultura anglo-saxã e teria grande aplicabilidade no contexto do Direito Penal Econômico Empresarial para fundamentar a imputação de dolo eventual ao indivíduo que inibiu o próprio conhecimento. Daí se falar em cegueira cognitiva (*cognitive blindness*).[769]

Apontam-se como possíveis bases de acolhimento da teoria da cegueira deliberada pelo ordenamento pátrio, os seguintes dispositivos[770]:

(1) o artigo 2º, 2 do Regulamento-Modelo da OEA[771], que recomenda a punição daquele que sabendo, devendo saber ou é intencionalmente ignorante sobre a procedência criminosa de bens lavados;

[769] A expressão é reproduzida por Silva Sánchez: "[...] las ciências del comportamiento han puesto insistentemente de relieve la existencia de sesgos cognitivos (o distorisones cognitivos) em los integrantes de aquéllas. Dichos sesgos cognitivos (cognitive biases inside business organizations), derivados de la interacción en el seno de las organizaciones, harían perder al agente la independencia cognitiva hasta incurrir en estados mentales de sobre-confianza o sobre-optimismo (overconfidence, overoptimism) e incluso en una auténtica ceguera cognitiva (cognitive blindeness) com respecto a eventuales resultados lesivos." SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y derecho penal económico...* op. cit., p. 336.

[770] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico... op. cit., p. 268.

[771] Artigo 2, 2: "A criminal offense is committed by any person who acquires, possesses, uses or administers property and knows, should have known, or is intentionally ignorant that such property is proceeds or an instrumentality of a serious criminal activity." Em tradução livre: "Qualquer pessoa que adquira, possua, use ou administre bens e conheça, deve ter conhecido ou intencionalmente ignore que tais bens são produtos ou instrumentos de uma atividade criminosa grave".

(2) o artigo 28, ii, b do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002), que permite a punição do militar na função de superior hierárquico por não ter adotado as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a prática criminosa, levá-la ao conhecimento das autoridades competentes ou não ter exercido o controle apropriado sobre seus subordinados;

(3) a teoria da *actio libera in causa* (artigo 28, II do CP), que guarda fundamento em comum com a *willful blindness doctrine* ao fixar a ideia de que o indivíduo não pode beneficiar-se de causa de exclusão da responsabilidade provocada por si próprio.

5.9.3.3 Aplicabilidade jurisprudencial: o aparente confronto entre os sistemas *common law* e *civil law*

Quanto à aplicação jurisprudencial, em relação à lavagem de ativos, a aplicação da teoria da cegueira deliberada ganhou notoriedade nos EUA a partir da decisão da Suprema Corte no caso US vs. Campbell, de 1992, no qual uma profissional do ramo da corretagem foi condenada por ter intermediado a aquisição de imóvel para um traficante de entorpecentes, sendo o pagamento efetuado em diversos malotes de dinheiro.

Como dito, a grande maioria dos casos resolvidos no sistema *common law* pelo uso da teoria da cegueira deliberada seria assemelhada, nos países de sistema *civil law*, à argumentação baseada no dolo eventual. Em que pese a ausência de uniformidade quanto ao sentido da aplicação desta doutrina, é certo, no entanto, que a mesma não justifica ou permite sua utilização como recurso retórico para contornar o dever de motivar conclusões sobre a configuração do dolo delitivo ou para facilitação probatória em prol da acusação.[772]

Há quem enxergue obstáculos em relação à implantação da mencionada teoria em países que não adotem o sistema *common law*, dada a diversidade de

[772] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico empresarial*... op. cit., p. 312.

tratamento da questão do elemento subjetivo da conduta incriminada em relação ao sistema *civil law.*[773]

No entanto, desde o ano 2000[774], o Tribunal Supremo da Espanha, país que sabidamente adere ao sistema *civil law* (assim como o Brasil), recorre reiteradamente à teoria da cegueira deliberada para equiparar a renúncia voluntária de conhecimento penalmente relevante ao dolo eventual e os critérios colhidos na jurisprudência espanhola como elementos indiciários que sinalizam a ciência da procedência delitiva dos bens são os seguintes[775]:

(1) incremento inusitado de patrimônio ou operações monetárias manifestamente anômalas (ex.: grandes movimentações de dinheiro em espécie ou envolvendo entidades sediadas em paraísos fiscais);

(2) inexistência de atividades negociais lícitas que justifiquem o incomum incremento patrimonial;

(3) estabelecimento ou manutenção de relações com pessoas, pública e notoriamente, implicadas em crimes graves;

---

[773] Como já explicitado, a diferença fundamental entre os sistemas jurídicos de países anglo-saxões (denominado *common law*) e o sistema jurídico adotado em países da Europa continental e da América Latina (denominado *civil law*) baseia-se na preponderância atribuída às fontes do Direito. O primeiro sistema tem, como fontes primordiais do Direito, o costume e a jurisprudência ao passo que o segundo sistema tem, como fonte prevalecente do Direito, a lei. Sobre o tema: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre o direito penal anglo-americano.* In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Ano IV, n. 14, julho-setembro/1966, p. 113. No campo penal, outras diferenças são observadas, em especial quanto ao elemento subjetivo da conduta incriminada. No sistema *common law*, há diversas modalidades de *mens rea* (elemento subjetivo da conduta) explicitamente reconhecidas e independentes. Nos EUA, registram-se as seguintes espécies: *negligence*, *recklessness*, *knowledge* e *purpose*. Já no Reino Unido, divide-se a *recklessness* em subjetiva (*cunningham recklessness*) e objetiva (*caldwell recklessness*), sendo que a primeira figura se aproximaria do dolo eventual e da imprudência ao passo que a segunda corresponderia uma forma grave de culpa inconsciente. Sobre o tema: COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova...* op. cit., p. 264.

[774] Na Espanha, no ano de 2012, o tema aparecia em mais de 150 decisões do Tribunal Supremo, incluindo a tese como artifício argumentativo de comprovação da atuação criminosa com dolo eventual. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico empresarial...* op. cit., p. 289. A exceção quanto à maciça adesão à teoria adveio por meio entendimento isolado de Bacigalupo Zapater, na decisão proferida pelo STS, em 20 de julho de 2006, o qual, em seu voto, chamou a atenção para a contradição disposta na afirmação de intenção sobre aquilo que não se sabe. Ibid., p.49.

[775] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 682/683.

(4) incidência conjunta de um ou mais dos indícios citados.

A seu turno, a decisão proferida pelo referido órgão jurisdicional no processo n. 234 (Ponente Manuel Marchena Gómez), em 16 de março de 2012, traçou os elementos essenciais da doutrina da ignorância deliberada, sendo eles[776]:

(1) falta de representação suficiente de todos os elementos do delito;

(2) decisão do sujeito de permanecer em estado de ignorância;

(3) um componente motivacional do agente no sentido de beneficiar-se, de alguma forma, desse estado de ignorância.

Um dos trabalhos mais importantes sobre a *willful blindness theory* foi publicado em 1994, por Douglas Husak e Craig Callender, nos quais são apresentados os seguintes elementos de configuração da tese[777]:

(1) suspeita justificada (*warranted suspicion*) acerca da contribuição de sua conduta para cometimento de um delito;

(2) disponibilidade de informação penalmente relevante evitada pelo sujeito;

(3) concreto motivo para evitação da verdade.

À vista do exposto, pode-se afirmar que, em síntese, a doutrina da cegueira deliberada estabelece a legitimidade da imputação de intenção criminosa e

---

[776] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La teoria de la ignorância deliberada en Derecho penal*: una peligrosa doctrina jurisprudencial. Barcelona: julho/2015, p. 04. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>. Acesso em: 28ago.2016. Para este autor, a doutrina mostra-se perigosa por ser imprecisa e envolver um juízo moral de censura que tenta transformar a má vontade em dolo.

[777] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada...* op. cit., p. 135.

responsabilidade penal quando restar configurado que o agente evitou ter ciência sobre dados penalmente relevantes, mesmo sendo concretamente possível alcançar tal conhecimento. Trata-se, portanto, de instrumento teórico que equipara a evitação do saber ao efetivo conhecimento. O referido posicionamento jurisprudencial sobre o tema no ordenamento jurídico espanhol é assim traduzido por Isidoro Blanco Cordero[778]:

> [...] no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, sólo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias com distribución de tareas delictivas) sino que basta com la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito. En definitiva no es necesario el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o con todo detalle. De acuerdo con el Tribunal Supremo, es suficiente [...] el conocimiento de las circunstancias de hecho y de su significado social.

No Brasil, a jurisprudência é, ainda hoje, escassa e vacilante sobre o tema[779].

A primeira aplicação jurisprudencial da teoria da cegueira deliberada no Brasil teria se dado posteriormente ao rumoroso caso do furto à filial do Banco Central, ocorrido na cidade de Fortaleza, no ano de 2005. Na ocasião, dois proprietários de uma concessionária de veículos foram condenados por lavagem de ativos por terem recebido R$ 980 mil, pagos em espécie (cédulas de 50 reais) pela venda de onze veículos a um mesmo comprador na manhã seguinte à prática do delito. Posteriormente, o TRF da 5ª Região reformou a decisão, por entender que se tratou de indevida imposição de responsabilidade penal objetiva, haja vista que não foi comprovada a ciência inequívoca por parte dos vendedores acerca da origem criminosa do dinheiro recebido.[780]

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[781], extraem-se, a partir de pesquisa eletrônica com a expressão “teoria da cegueira deliberada”, poucos resultados com as seguintes aplicações: (1) equiparando a evitação do

---

[778] BLANCO CORDERO, Isidoro*. El delito de blanqueo de capitales*... op. cit., p. 680.

[779] Reconhecendo que a jurisprudência pátria se motra ainda “tímida” sobre o tema, em que pesem algumas menções à ignorância ou cegueira deliberada: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial*... op. cit., p. 173.

[780] Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Processo n. 200581000145860 (Apelação Criminal - ACR5520/CE), Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, decisão unânime, DJ 09/09/2008.

[781] Dados disponíveis em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15mar.2017.

conhecimento ou ignorância deliberada ao dolo eventual (REsp n. 1620209, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, data de publicação 15.02.2017); (2) tecendo a referida equiparação em matéria de improbidade administrativa (AREsp n. 845485, Rel. Min. Herman Benjamim, data de publicação 13.05.2016); (3) tecendo a referida equiparação com menção a expressões sinônimas (*willful blindness* e *conscious avoidance doctrine*) e distinção da hipótese de negligência na figura da culpa consciente (AREsp n. 058887, Rel. Min. Nefi Cordeiro, data de publicação 20.02.2015).

Já no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o único resultado apresentado para a referida pesquisa aponta a Ação Penal n. 470/2005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 17.12.2012. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a exigência de dolo direto quanto à ciência inequívoca da ilegalidade da origem dos recursos que se pretendem ocultar, valendo destacar nesse ponto, pela pertinência sobre o tópico em análise, o voto da Ministra Rosa Weber[782], que assim discorreu:

> [...] o dolo eventual na lavagem significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa. Não se confundem o autor do crime antecedente e o autor do crime de lavagem, especialmente nos casos de terceirização da lavagem. O profissional da lavagem, contratado para realizá-la, pelo autor do crime antecedente, adota, em geral, uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito. Doutro lado, o autor do crime antecedente quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar os seus segredos, inclusive a procedência criminosa específica dos bens envolvidos, ao lavador profissional. A regra no mercado profissional da lavagem é o silêncio. Assim, parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização profissional da lavagem. Ainda que tivessem ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais [...] O tipo do caput do art. 1º da Lei 9.613/1998, de outra parte, comporta o dolo eventual pois, em sua literalidade, não exige elemento subjetivo especial, como o conhecimento específico da procedência criminosa dos valores objeto da lavagem [...] A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

[782] Supremo Tribunal Federal, Ação Penal n. 470/2005, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2012, Inteiro teor, trecho extraído do voto da Ministra Rosa Weber, p. 1.271/1.273.

> Nesse sentido, há vários precedentes, como US vs. Campbell, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, US vs. Rivera Rodriguez, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, US vs. Cunan, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.

Diante do exposto, verifica-se que a tradicional figura do dolo eventual, prevista na parte final do artigo 18, I do CP, permite, sem maiores dificuldades, abranger como típica a conduta daquele que demonstrou ter renunciado, voluntariamente, ao conhecimento efetivo de aspectos penalmente relevantes relacionados a riscos penais especificamente relacionados ao seu ramo de atividades habituais ou profissionais.

Ante a ciência da alta probabilidade da origem maculada dos recursos econômicos movimentados por meio do exercício profissional, acrescida da possibilidade e do dever de acesso a informações disponíveis que elucidam esta circunstância, o agente assume o risco de ocorrência do resultado ao decidir manter postura indiferente ao perigo, sendo punível, portanto, pela prática do crime de lavagem de ativos, cometido em comissão por omissão e com dolo eventual.

Portanto, crê-se que é desnecessário recorrer à teoria da cegueira deliberada para fundamentar uma imputação nesses moldes.[783]

À semelhança do que já ocorre em alguns países[784], uma corrente doutrinária sustenta a adequação do estabelecimento da previsão expressa de um tipo penal culposo para o crime de lavagem de ativos[785], embora tal hipótese trata, reconhecidamente, de uma exceção entre os países que integram o GAFI. Uma outra corrente defende que o legislador deve fazer uma opção entre a punição por

---

[783] Sobre essse aspecto, reconhecendo a plausibilidade dos estudos posteriormente publicados e acessados, reviu-se o entendimento pessoal anteriormente externado em: MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*. V. 17. N. 64. Rio de Janeiro: EMERJ, janeiro-abril/2014, p. 164/186. Uma outra parcela da doutrina sustenta que, com o fim de afastar interpretações casuísticas e prestigiar a segurança jurídica, caberia internalizar na dogmática brasileira, mediante algumas adaptações, a teoria da cegueira deliberada ou reinterpretar, uniformizadamente, o instituto do dolo eventual. Cf. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, p. 259.

[784] Cite-se o exemplo da Espanha, cujo Código Penal pune a lavagem culposa (cometida por imprudência grave), conforme a previsão do artigo 301, 3.

[785] No mesmo sentido: CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro...* op. cit., p. 175.

culpa na hipótese ou a criação de uma causa legal de redução de pena, que incidiria caso se evidencie que o indivíduo evitou o conhecimento de circunstâncias penalmente relevantes (algo similar à citada cegueira deliberada) em situação intermediária e nebulosa, algo que se situaria entre as figuras do dolo e da culpa.[786]

Sendo assim, com a finalidade gerar maior segurança jurídica e proporcionalidade, bem como visando a ampliar as possibilidades de individualização da imputação e sancionamento adequado da conduta criminosa concretamente ostentada, propõe-se o estabelecimento da seguinte sistemática típica quanto ao delito de lavagem de ativos[787]: (1) a lavagem de ativos culposa[788]; (2) a lavagem de ativos na modalidade privilegiada, ou seja, com incidência de causa legal de diminuição da pena[789], e, por fim, (3) a lavagem de ativos dolosa.[790]

---

[786] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales...* op. cit., p. 706.

[787] Relembre-se que a Convenção de Estrasburgo, acolhida pelo Conselho da Europa, em 08 de novembro de 1990, previu a punição da lavagem culposa. O Regulamento-Modelo contra a Lavagem de dinheiro, documento normativo elaborado por uma comissão de especialistas designados pela Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas (CICAD), aprovado pela Assembleia Geral da OEA, em 1992, também recomendou não somente a incriminação da lavagem culposa, bem como a previsão expressa da punibilidade da lavagem de ativos praticada sob dolo eventual. A seu turno, o vigente Código Penal da Espanha incrimina a lavagem de ativos cometida por dolo eventual e por culpa grave, utilizando-se dos seguintes termos: "Art. 301. [...] 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo." Vale acrescentar que a sanção estipulada para o tipo simples previsto no caput do aludido dispositivo (dolo direto) vai de seis meses a seis anos de prisão e multa correspondente ao triplo do valor dos bens ocultados.

[788] Por exemplo, quando, mesmo não havendo comprovado conluio ou recebimento de vantagem direta ou indireta, o agente financeiro falta com o dever cuidado em relação à fiel observância da normativa antilavagem, esquecendo-se de enviar informação relevante sobre operação suspeita ao órgão devido ou deixando para prestar esta informação apenas na segunda-feira, eis que os colegas de trabalho combinaram um *happy hour* na sexta-feira e ele está atrasado, vindo tal conduta negligente a viabilizar a concretização da ocultação ilegal de patrimônio em favor do cliente. Aliás, relembre-se que, nos termos do artigo 121, parágrafo 4º do CP, a inobservância culposa de regra técnica de arte, ofício ou profissão é, há muito tempo e sem maiores contestações, considerada pelo legislador como justificativa para uma punição criminal por culpa (grave), o que se dá, inclusive, em tom mais elevado em relação à sanção pertinente ao tipo simples.

[789] Em situação intermediária entre a falta do dever de cuidado e o nítido compromisso com a ofensa ao bem jurídico, essa modalidade típica abrangeria a conduta do agente que, mesmo ciente da alta probalidade da existência de que uma finalidade criminosa esteja por detrás da operação financeira almejada pelo cliente, mantem-se indiferente em relação a esta situação, proseguindo com a prestação do serviço financeiro. Por exemplo, se, mesmo alertado por terceiros ou pelo sistema informatizado da empresa sobre a realização de operações suspeitas por determinado funcionário, que teria agido a mando de determinado diretor da instituição financeira, o *compliance officer* resolve não tomar quaisquer providências em razão da amizade que nutre por ambos e por confiar que os dois jamais se envolveriam em atos ilegais, embora uma operação de lavagem de ativos venha, de

Ante a especificadade dos deveres de colaboração antilavagem dispostos na normativa aplicável às instituições financeiras e seus membros[791], propõe-se que, ao artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, sejam acrescentados os seguintes dispositivos:

> Lavagem de ativos com causa de diminuição de pena
>
> Artigo 1º - B. O empregado, representante legal ou administrador de instituição financeira que colaborar com terceiro para a prática dos crimes previstos nesta Lei, mesmo sabendo ou devendo saber da alta probabilidade da procedência ilegal dos bens, direitos e valores movimentados por meio de sua atividade profissional ou, ainda, evitando o conhecimento efetivo desta circunstância, incorrerá nas penas previstas no artigo 1º desta Lei, diminuídas de 1/6 a 1/3.
>
> § 1º. A observância dos deveres dispostos no artigo 10 e 11 desta Lei, bem como das respectivas normas administrativas setoriais reguladoras de deveres de colaboração na prevenção aos crimes previstos nesta Lei, orientará a interpretação e aplicação do disposto no artigo 1º - B.
>
> Lavagem de ativos culposa
>
> § 2º. Se algum dos agentes referidos no artigo 1º - B contribuir culposamente para a prática dos crimes previstos nesta Lei incorrerá nas seguintes penas:
>
> Reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

---

fato, a se concretizar. O grau de reprovabilidade dessa conduta seria mais elevado que o da lavagem culposa, justificando-se, portanto, o apenamento mais rigoroso e a título doloso, embora mitigado.

[790] Por exemplo, mediante conluio, recebimento pessoal de vantagem financeira e ciência da origem ilícita dos recursos manejados, o agente financeiro ainda assim auxilia o cliente na prática da lavagem realizando operação, infringindo, frontalmente, algum dos deveres normativos antilavagem.

[791] As proposições hermenêuticas e de alteração legislativa traçadas ao longo do presente estudo tomam por consideração a existência de especificação normativa dos deveres de colaboração antilavagem dispostos em face do setor de serviços financeiros e de seus respectivos destinatários (instituições financeiras e seus membros). No entanto, não se vislumbra impedimento à extensão de tais propostas a outros setores do mercado econômico legalmente obrigados à colaboração antilavagem, desde que se possa saber, de antemão e com clareza, assim como ocorre no setor financeiro, quem exatamente está obrigado a quê, ou seja, quem na estrutura corporativa tem o dever de contenção de riscos penais e quais são os deveres individuais específicos quanto a esse mister.

6 A IMPUTAÇÃO PENAL INDIVIDUAL NO ÂMBITO EMPRESARIAL: OS DELINEAMENTOS FUNDAMENTAIS QUANTO AO CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS

> A dignidade do homem se radica, por um lado, na presença da luz do entendimento e da capacidade de distinguir e escolher e, por conseguinte, no fato de ser um ser eticamente livre; e, por outro lado, na sua sociabilidade, ou seja, na sua capacidade de vinculação à ordem ético-social de uma comunidade. Pois bem, tal dignidade corresponde em igual medida a todos os homens. Isso supõe, a meu ver, que a dignidade do homem reside antes de tudo na sua faculdade ou capacidade de atuar finalmente, isto é, conforme um sentido, e na sua capacidade de vinculação a uma ordem ético-social (sociabilidade), isto é, com a consciência de que pode cumprir seu compromisso com essa ordem.
>
> *Luis Gracia Martín*

Como ensina Artur de Brito Gueiros Souza[792], mesmo no âmbito da criminalidade de empresa, não existem maiores dificuldades quanto à imputação delitiva ao executor direto, ou seja, quando se consegue identificar claramente o indivíduo que, em benefício de uma pessoa jurídica, praticou uma infração penal. A complexidade surge para imputação de responsabilidade penal aos estratos de comando empresarial, isso quando, por ordem ou anuência do superior hierárquico na estrutura da corporação, um subordinado vem a cometer um delito.

Vislumbrando certa inquietação acadêmica quanto à aplicação das regras tradicionais do Direito Penal assim chamado nuclear ou clássico, alguns autores passaram então a construir teorias explicativas a fim de evitar que a ausência de

[792] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *Revista de Estudos Criminais*. N. 54. Porto Alegre: PUCRS, julho-setembro/2014, p. 94.

critérios adequados de imputação viessem a concretizar duas situações tão indesejáveis, quanto antagônicas: a responsabilização penal objetiva e a impunidade.

Observando a necessária contenção objetiva e espacial, o presente estudo abordará aquela que é tida como a principal teoria surgida no último século acerca do concurso de pessoas[793], qual seja a teoria do domínio do fato, com ênfase sobre a rumorosa vertente dos aparatos organizados de poder, analisando o cabimento de sua invocação no contexto da criminalidade econômico-empresarial, sobretudo diante do vigente ordenamento jurídico-penal brasileiro. O mesmo será feito oportunamente em relação à teoria da adequação social (e sua vertente da adequação profissional) e à teoria da imputação objetiva, no que diz respeito ao critério do risco e sua relação com a criminalidade econômico-empresarial.

6.1 Teoria do domínio do fato e a criminalidade empresarial

A teoria do domínio do fato tem uma trajetória paradoxal no Brasil.

Quando já era quase uma sexagenária, a referida construção doutrinária ganhou as páginas dos jornais brasileiros ao servir de fundamentação no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/2005 (caso Mensalão). Se, de um lado, eram e – pode-se dizer – ainda são escassas as produções acadêmicas a respeito do tema, noutro aspecto, os órgãos jurisdicionais, especialmente tribunais superiores, não têm hesitado em aplicar a referida ferramenta teórica como razão de decidir em casos envolvendo crimes cometidos

[793] Registre-se, no entanto, a existência de outras proposições, tais como a tese da instigação-autoria, de autoria de Figueiredo Dias, segundo a qual haveria, na verdade, uma participação por instigação do superior hierárquico em relação ao subordinado. A figura da instigação-autoria encontraria tutela nos artigos 26 e 27 do vigente Código Penal português, cuja redação é a seguinte: "Artigo 26º. Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. Artigo 27º. Cumplicidade. 1 - É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 - É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada." FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT, 2007, p. 817.

por meio de empresas, o que, segundo a opinião de significativa parcela dos penalistas pátrios, não tem ocorrido de forma tecnicamente adequada.

Diante de tal dissonância doutrinário-jurisprudencial, justifica-se a exposição do conteúdo básico da teoria do domínio do fato, em particular, quanto à vertente de domínio da organização, bem como a abordagem de um breve panorama acerca de sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no tocante à criminalidade econômico-empresarial.

6.1.1 Noções gerais

Antes de enfrentar a temática do domínio do fato, é preciso estabelecer algumas premissas a fim de que se possa compreender a localização topográfica dessa construção teórica no contexto da dogmática penal para que se possa, posteriormente, embasar a análise da possível compatibilidade da tese com a legislação brasileira vigente.

Inicialmente, há de se precisar qual o regramento adotado pelo legislador pátrio para definição da responsabilidade individual em obras criminosas coletivas.[794] Em outras palavras, mister se faz esclarecer qual o modelo teórico vigente quanto à imputação criminal quando da incidência do concurso de pessoas, sendo certo que o Código Penal trata desta questão em seu Título IV (artigos 29 a 31).

Sobre esse aspecto, são apontados doutrinariamente dois sistemas básicos, ainda que com algumas variações intrínsecas.

Numa primeira perspectiva, o sistema unitário, monístico ou monista se prende à literalidade do verbo que integra o núcleo do tipo, igualando, de forma simples, todas as eventuais contribuições causais individuais para o cometimento coletivo do delito. Sendo assim, de acordo com tal vertente, autor é aquele que produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo legal. Trata-se de sistema que, a princípio, facilita a imputação e restringe eventuais lacunas de

[794] Na verdade, a consideração individual da contribuição causal individual para o resultado criminoso constitui decorrência lógica do mandamento constitucional de individualização da imputação criminal e da respectiva sanção, nos termos do artigo 5º, XLVI da CR/88.

impunidade, embora gere desigualdade e desproporcionalidade quanto à distribuição do ônus punitivo de acordo com a conduta individualmente ostentada. Nesse sistema, não há distinção conceitual ou sancionatória entre autor e partícipe.

Noutro prisma, o sistema diferenciador, também chamado de dualista, dualístico ou pluralista, distingue as formas de intervenção no delito entre autoria e participação, o que se dá de acordo com a relevância e essencialidade causal da contribuição de cada atuante na empreitada criminosa, o que se refletirá, quantitativamente, na modulação das respectivas penas.

Fixadas essas premissas, cabe ingressar na análise do conteúdo e nuances da teoria do domínio do fato propriamente dita.

6.1.2 Origem

Não há uniformidade na doutrina quanto ao apontamento da origem da teoria do domínio do fato. Assim sendo, embora partindo de enfoques diversos, as expressões "domínio do fato" e "domínio sobre o fato" foram empregadas na doutrina alemã na seguinte ordem temporal: por Hegler, em 1915, no trabalho intitulado *"Die Merkmale dês Verbreches"*; por Bruns, em 1932, no trabalho intitulado *"Kritik der Lehre vom Tatbestand"*; por Lobe, em 1933, no trabalho intitulado *"Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar"*; por Berges, em 1934, no trabalho intitulado *"Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung"*; por Von Weber, em 1935, no trabalho intitulado *"Zum Aufabau dês Strafrechtssystems"* e por Ed. Schmidt, em 1936, no trabalho intitulado *"Die militärische Straftat und ihr Täter"*, entre outros.[795]

Em que pese esse quadro doutrinário plúrimo, parece haver consenso ao menos sobre dois pontos básicos: (1) a teoria do domínio do fato surgiu com

[795] A ordem cronológica dos trabalhos sobre o tema é apresentada em: ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a APN 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. V. 2. Ano 2. Dezembro/2014, p. 139. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2826/2447. Acesso em: 31dez.2016.

perspectiva garantista, isto é, como critério delimitador (e não extensivo) do conceito de autor e, (2) embora diversos autores tenham se dedicado ao estudo do tema a partir do início do século XX, como visto anteriormente, mesmo os críticos mais ferrenhos de Claus Roxin admitem caber a ele os méritos da sistematização e aprofundamento acadêmico do assunto.[796]

Assim, em 1963, Roxin lançou as bases da teria do domínio do fato em sua conferência de posse como catedrático na Universidade de Hamburgo, que veio a ser posteriormente detalhada na obra intitulada *Autoría e dominio del hecho em Derecho Penal.*[797] Segundo o próprio mentor[798], a teoria do domínio do fato foi vislumbrada a partir do estudo do caso de Adolf Eichmann[799], influente chefe militar da Alemanha nazista, que foi responsável pela determinação de milhares de homicídios de presos judeus nos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, em que pese jamais ter apertado diretamente os botões das câmaras de gás.

6.1.3 Conteúdo

O conceito de domínio do fato (*Tatherrschaft*) consiste no domínio da realização do tipo penal. Portanto, autor é o protagonista do acontecimento

[796] JAKOBS apresentou aquela que talvez seja a mais contundente crítica já formulada à teoria do domínio do fato nos termos em que foi sustentada por Roxin, imputando-lhe escassez de utilidade e insuficiência explicativa, por exemplo, quanto à autoria nos delitos omissivos e nos delitos especiais. Cf. JAKOBS, Günter. *Crítica à teoria do domínio do fato*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 02 e 04.

[797] A obra original escrita em idioma alemão (*Täterschaft und Tatherrschaft*) foi posteriormente traduzida para o idioma espanhol, encontrando-se, atualmente, na 9ª edição: ROXIN, Claus. *Autoría e dominio del hecho en Derecho Penal.* 9. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2016.

[798] ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. *Revista Penal*. N. 18. Barcelona: Praxis, julho/2006, p. 242. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/293/284>. Acesso em: 31dez.2016.

[799] Eichmann chegou a ser preso pelas tropas americanas após o fim do conflito, mas escapou e se refugiou na Argentina, a partir de 1950. Em 1960, foi sequestrado pelo serviço secreto israelense (*Mossad*) em pleno território argentino e levado para Israel, onde, em 1961, foi julgado e condenado à morte como autor mediato de homicídios, sendo finalmente enforcado em 1962.

criminoso, é o senhor do fato, aquele que detém as rédeas do cometimento do delito em suas mãos, dependendo do mesmo o “se” e o “como” da realização típica.[800] Em suma, o autor dominaria o fato típico, o partícipe, não.

A possibilidade de distribuir o ônus da sanção penal de acordo com a relevância da contribuição causal de cada agente foi o atrativo que fez da teoria do domínio do fato o principal critério adotado no Direito Penal contemporâneo para estabelecer e delimitar a distinção entre autoria e participação no âmbito do concurso de agentes.

Segundo Roxin[801], autor é a figura central da realização da ação típica ao passo que o partícipe é uma figura marginal, um personagem secundário que contribui de forma menos relevante (por meio de instigação, indução ou auxílio material) para a ocorrência do resultado típico. Essa posto fundamental no fenômeno delitivo seria alcançado por meio de domínio exercido em três hipóteses: (1) a realização pessoal do fato ou domínio da própria ação (*Handlungsferrschaft*); (2) a realização conjunta do fato ou domínio funcional do fato (*Funktionale Tatherrschaft*) e (3) a realização do fato por meio de outrem ou por domínio da vontade de terceiro (*Willensherrschaft*). Essas três formas de domínio correspondem, respectivamente, às figuras da autoria direta, da coautoria e da autoria mediata.

Na terceira modalidade (autoria mediata), a realização do fato por meio de outrem pode manifestar-se por várias formas, como, por exemplo, mediante erro ou coação do terceiro, por aproveitamento de indivíduo inimputável ou por meio da direção de um aparato organizado de poder (*Machtapparat*), hipótese que constitui o objeto de interesse no presente estudo.

A autoria mediata em razão do domínio de aparato organizado de poder (doravante, domínio da organização) requer a presença de três pressupostos: (1) o exercício do poder de comando no contexto de uma associação hierarquicamente

---

[800] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *Revista de Estudos Criminais.* N. 54. Porto Alegre: PUCRS, julho-setembro/2014, p. 104.

[801] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Civitas, 2014, p. 68 e ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal.* 9. ed. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 42.

organizada de indivíduos; (2) a desvinculação da organização em relação ao ordenamento jurídico e (3) a fungibilidade ou intercambialidade do executor direto e (4) a considerável disposição do executor para atuar criminosamente. Sobre a criação teórica que respalda a autoria mediata por meio do domínio da organização, o próprio Roxin[802] assim discorre:

> El "dominio por (o de) organización", como forma independiente y "nueva" de autoría mediata, fue desarrolado por mí por primera vez em el año 1963. Mi idea básica era que, considerado el dominio del hecho criterio decisivo para la autoría, sólo hay tres formas prototípicas (o idealmente típicas) em las que se puede dominar un acontecimiento o sucesso sin poner las manos em la ejecución: se pude obligar o forzar al executor; se le puede engañar; o se puede – y esta era la idea nueva – disponer de um aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantia la ejecución. El que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al autor inmediato, porque el aparato, incluso si falla una persona concreta, dispone de otras que asumen su función. Por eso es también característico de esta forma de autoría mediata que el sujeto de atrás no conozca personalmente la mayoría de las veces al ejecutor inmediato. [...] El exemplo histórico que tuve a la vista en el desarollo de esta forma de autoría mediata fue la dictadura nacionalsocialista. Cuando Hitler o Himmler o Eichmann, a quien se procesó en Jerusalén en 1961, daban una orden de matar, podían estar seguros de su ejécución, porque – de forma diferente a lo que sucede em la inducción – la eventual negativa de uno de los incitados a la ejecución no podía producir como efecto que no tuviera lugar el hecho ordenado. Este era realizado por otro. [...] Lo que, por tanto, garantiza al sujeto de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar el suceso es la "fungibilidad", la sustituibilidad o reemplazabilidad sin limites del autor inmediato. El que actúa de manera inmediata es sólo una "pieza o ruedecilla" intercambiable en el engrenaje del aparato de poder. [...] La manifestación o forma de aparición del autor mediato acabada de describir es la expresión jurídicamente adecuada del "autor (o delincuente) de escritório o mesa de despacho" que, a pesar de sua dominio del hecho, depende (no puede prescindir) necesariamente de autores inmediatos.

Assim, no contexto de um aparato organizado de poder, considera-se que haveria elevada propensão do executor imediato ao cumprimento automático da ordem delitiva expedida pelo autor indireto. O cumprimento da ordem superior e, por conseguinte, o cometimento do delito se dariam de qualquer forma: seja pela pressão interna no âmbito da organização; seja pela desvinculação da organização para com o ordenamento jurídico, que fomentaria a crença de impunidade ou seja pela fungibilidade do executor direto, que faz com que o mesmo suponha que, se não cumprir o comando criminoso, outro indivíduo o fará em seu lugar com rapidez e facilidade.

---

[802] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tradución de Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Civitas, 2014, p. 111/112.

A legitimação da responsabilidade penal do superior hierárquico inserido nesse tipo de estrutura organizacional se assenta, portanto, na configuração da autoria mediata com base no domínio da organização. Essa compreensão justificaria a incidência da norma penal incriminadora em face de indivíduos que, mesmo sem ter disparado um tiro sequer ou acionado o botão da letal câmara de gás, tiveram atuação decisiva em fatos criminosos cuja realização determinaram.

Nesse contexto, emerge a figura do homem de trás (*hintermänner*) ou autor de escritório (*schreibtischtäter*) na condição de autor mediato ou indireto, ou seja, a pessoa que, ocupando posição superior em estrutura grupal hierarquizada, ordena o cometimento do delito, ensejando, por isso, responsabilização autônoma em relação ao sancionamento penal do subordinado (executor direto).[803]

Em essência, a teoria do domínio do fato procura responsabilizar aquele que detém a capacidade efetiva de afetar o bem jurídico penalmente tutelado, ainda que se utilize de terceiro como instrumento para levar a cabo os elementos do tipo legal. Esclareça-se, porém, que a teoria do dominío do fato se aplica apenas a crimes comissivos dolosos, uma vez que demanda o exercício do controle finalístico por parte do superior hierárquico e da atividade igualmente consciente do executor direto, sendo inaplicável a crimes de mão própria ou especiais (que exijam uma qualidade particular de determinado sujeito ativo) exatamente pela exigência da intervenção criminosa relevante de, ao menos, dois agentes.

O domínio da organização não se confunde com a hipótese de coautoria funcional simples, haja vista que, na primeira, não há partilha da planificação do delito entre superior hierárquico e executor.[804] Nessa linha de raciocínio, o executor e o homem de trás exercem distintas formas de domínio, que coexistem perfeitamente. O primeiro domina a própria ação, o segundo influi na produção do resultado pelo controle que exerce sobre o aparato organizado de poder.[805]

Ao longo das mais de cinco décadas de discussão sobre a teoria do domínio do fato, surgiram críticas e propostas alternativas, tendo Roxin mantido, no entanto,

---

[803] ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente*... op. cit., p. 242.

[804] Ibid., p. 243.

[805] Ibid., p. 244.

a essência da versão original. Em que pese ter passado por certo período de hibernação[806], os reproches pontuais não impediram que a teoria do domínio da organização alcançasse substancial difusão na jurisprudência de vários países e do Tribunal Penal Internacional.[807]

Assim, a teoria do domínio da organização foi reavivada na Argentina, em 1986, ao ser empregada pela Câmara Nacional de Apelações para fundamentar a condenação de integrantes da Junta Militar que determinaram crimes durante o período ditatorial. O Tribunal Supremo da Alemanha (BGH) veio a utilizar a teoria pela primeira vez em 1988, voltando a fazê-lo, em 1994, ao condenar chefes militares (na condição de autores mediatos) que, no contexto do Conselho Nacional de Defesa da então República Democrática da Alemanha, ordenaram aos soldados do muro de Berlim (*Mauerschützen*) o homicídio de pessoas que tentaram pulá-lo.[808] Em 07.04.2009, a Corte Suprema de Justiça do Peru[809] também fundamentou a condenação do ex-Presidente da República, Alberto Fujimori na teoria do domínio da organização.

---

[806] A demora no acolhimento deu-se porque a jurisprudência alemã resistiu a abandonar a teoria subjetiva extrema da autoria, segundo a qual autor era aquele que tivesse interesse no fato. Cf. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domíno do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 101.

[807] A título de exemplo, podem ser citados os casos: Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo Chui, julgado em 30.09.2008; Prosecutor v. Bemba, julgado em 10.06.2008 e Prosecutor v. Al Bashir, julgado em 04.03.2009. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx.> Acesso em: 14nov.2015.

[808] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tradución de Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Civitas, 2014, p. 113.

[809] Disponível em: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/>. Acesso em: 14.11.2015.

6.1.4 A teoria do domínio do fato e o ordenamento penal brasileiro

No Brasil, o artigo 29 do Código Penal sinaliza, a princípio, o acolhimento do sistema unitário puro quanto à definição da autoria no concurso de agentes ao estabelecer que aquele que, de qualquer modo, concorrer para o crime, será apenado de acordo com as sanções ao mesmo cominadas. Dá-se a entender, portanto, que todos os intervenientes no evento criminoso respondem igualitariamente, sem distinção de relevância entre as contribuições individuais para o resultado para fins de definição das consequências punitivas.

No entanto, parece mais adequado o majoritário[810] entendimento de que o ordenamento penal brasileiro adota o sistema unitário temperado ou mitigado, uma vez que, mediante interpretação sistemática, a regra do *caput* do referido dispositivo legal é nitidamente esmaecida na parte final do próprio *caput* e nos dois parágrafos do mesmo dispositivo, que traçam distinções entre autoria criminosa e graus de participação para fins de modulação da pena.[811]

Portanto, partindo-se do fato de que a teoria do domínio da organização pressupõe a consagração de um sistema não monista, a doutrina pátria diverge quanto à compatibilidade da aludida tese com o ordenamento jurídico-penal vigente no Brasil. De um lado, há autores que, como Luís Greco e Alaor Leite[812], manifestam-se pela inviabilidade de acolhimento da teoria do domínio da organização no vigente ordenamento brasileiro, enquanto uma outra parcela da doutrina, integrada, por exemplo, por Juarez Cirino dos Santos[813], entende que, ante

---

[810] Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal.* V. I. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 471; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral.* V. I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 533 e FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 229. Em sentido contrário: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial...* op. cit., p. 113.

[811] GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro... op. cit., p. 71.

[812] GRECO, Luís e LEITE, Alaor. *A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador:* autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012), p. 45. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/Alaor.pdf>. Acesso em: 09dez.2015.

[813] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006, p. 353.

o acolhimento do sistema monista temperado ou mitigado, a teoria do domínio da organização mostra-se "inteiramente compatível" com a legislação nacional em vigor.

A razão parece estar mesmo com essa última corrente. Nesse sentido, Bruna Martins Amorim Dutra[814] chama a atenção para o fato de o Código Penal brasileiro consagrar formas específicas de autoria mediata (ex. a coação moral irresistível e a obediência hierárquica), o que também é sinalizado em dispositivos esparsos da legislação extravagante (ex.: artigo 25 da Lei n. 7.492/86; artigo 75 da Lei n. 8.078/90; artigo 11 da Lei n. 8.137/90 e artigo 2º da Lei n. 9.605/98).

Acrescente-se também o fato de que a teoria do domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder é robustamente insinuada na permissão de punição agravada para o autor mediato, na forma prevista pelo artigo 62, I do CP. Por fim, acrescente-se que o Projeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional (artigo 38, par. 1º, I, 'd' do Projeto de Lei n. 236/2012) acolhe expressamente autoria por meio do domínio de aparato organizado de poder, sem, no entanto, detalhar esse conceito.

Tais disposições normativas revelam a admissibilidade da teoria do domínio da organização no ordenamento penal brasileiro, cabendo, no entanto, avaliar, especificamente, a possibilidade de seu emprego no contexto da criminalidade econômico-empresarial.

6.1.5 A figura do aparato organizado de poder e a criminalidade empresarial

Conforme já explanado, a complexidade organizacional é a característica marcante do meio empresarial no mundo moderno, onde a especialização dos conhecimentos técnicos acaba por fragmentar o fluxo de informações e a própria capacidade decisória da corporação, que raramente se concentra numa única

[814] DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 234.

pessoa. Ao revés, as iniciativas e comportamentos encontram-se comumente desmembrados e distanciados no tempo e no espaço, sobretudo em conglomerados corporativos multinacionais.

Fato é que a realidade social e, por conseguinte, criminal mudou bastante nas últimas décadas, fazendo-se apropriada a assertiva de Feijoo Sánchez[815] de que a dogmática jurídico-penal só faz ou fará sentido se puder fornecer soluções adequadas aos fenômenos delitivos típicos da sociedade moderna. Omitir-se ou tentar empurrar o problema para outros ramos do Direito sabidamente ineficazes quanto à criminalidade do poder não parecem ser alternativas justas. Daí o porquê da busca de critérios racionais que possam subsidiar a fundamentação da responsabilidade dos que se valem do controle sobre estruturas empresariais como escudo para a prática de crimes.

A mencionada descentralização das decisões corporativas acarreta flagrante dificuldade de imputação penal individual. Na já comentada percepção de Schünemann[816], uma organização permeada de delegações e especialização de funções em cadeia, típica de gigantescas estruturas empresariais, gera o risco de propiciar um contexto de irresponsabilidade organizada, dada a dificuldade de identificação dos responsáveis por cada ato em tais circunstâncias. A grande diferença entre o modelo clássico de autoria delitiva e o verificado na delinquência econômica moderna assenta-se no fato de que, nessa última, a conjuntura usualmente verificada denota estruturas hierarquicamente organizadas nas quais o executor imediato frequentemente não é o protagonista do evento criminoso.[817]

Esse fenômeno provocou o surgimento de uma tendência internacional no sentido de buscar fundamentos de responsabilização para cima (*tone at the top* ou *topdown*[818]), ou seja, procura-se atingir, prioritariamente, os detentores do poder de comando e ocupantes de cargos de direção da empresa, em especial, quando a

[815] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades.* V. 9. São Paulo: IBCCRIM, janeiro-abril/2012, p. 27.

[816] SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.*.. op. cit., p. 531.

[817] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa...* op. cit., p. 65.

[818] SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa.* Dificuldades relativas a la individualización de la imputación, p. 10. Disponível em: <https://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>. Acesso em: 09nov.2015.

falta do devido controle organizacional por parte destes propicie a ocorrência de crimes.

Nesse aspecto, é acertada a preleção de Muñoz Conde[819] ao afirmar que o combate à criminalidade econômica não configura uma modalidade de Direito Penal para inimigos e não tem laço com qualquer outro adereço pejorativo do gênero, mas consiste, isso sim, numa decisão político-criminal legítima dentro das diferentes opções de que dispõe o Estado Democrático para lidar com o grave problema da delinquência empresarial. Antes de ser uma questão puramente técnica ou dogmática, a demanda pela responsabilização dos indivíduos que realmente têm poder decisório quanto à ocorrência de delitos no âmbito corporativo consolida manifestação do ideal preventivo que direciona a intervenção do Direito Penal para o centro de comando criminoso.[820]

Em peculiar ponto de vista, Kai Ambos[821] defende que o domínio da organização deve ser absoluto, o que somente se verificaria em relação aos ocupantes do vértice, ou seja, o topo da organização corporativa. Roxin[822] discorda desse entendimento e se posiciona no sentido de que o autor mediato não necessariamente tem de ser o chefe máximo da organização criminosa, mas todo aquele que, no âmbito da estrutura hierárquica, transmita a instrução delitiva a subordinado sobre o qual exerce poder de comando. Pode, portanto, um ocupante de um posto intermediário ser autor, inclusive quando atue por determinação de instância superior, formando-se, assim, uma cadeia de autores mediatos.

---

[819] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoria y participación em el derecho penal econômico...* op. cit., p. 61.

[820] Ibid., p. 96.

[821] AMBOS, Kai. *Sobre la "organización" em el domínio de la organización.* Barcelona: julho/2011, p. 17. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>. Acesso em: 10nov.2015.

[822] Segundo a preleção de Roxin: "Autor mediato no es óslo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. Puede por to tanto ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de uma instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Por el contrario, quien colabora con el que de la orden, por ejemplo realizando un trabajo accesorio, sólo será cómplice." ROXIN, Claus. Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*. N. 2. Barcelona: Praxis, julho/1998, p. 64. Disponível em: < http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/31/29>. Acesso em: 01jan.2016.

De qualquer forma, a principal discussão que mantém vivo ainda hoje o interesse pela teoria do domínio da organização na atualidade está centrada na possibilidade de sua aplicação à criminalidade de empresa. Em suma, busca-se responder à seguinte indagação: é possível considerar, como autores mediatos, os dirigentes e superiores hierárquicos de instituições empresariais que ordenam que seus empregados que cometam delitos no curso da respectiva atividade econômica desempenhada?

Como já visto, a teoria do domínio da organização foi criada para justificar a punição da autoria mediata em casos de criminalidade de Estado (vide o caso Eichmann), embora, posteriormente, o próprio Roxin[823] tenha reconhecido a possibilidade de extensão da tese para atividades delitivas levadas a efeito por organizações terroristas, mafiosas e clandestinas de forma geral.

Ainda que reconheça a necessidade político-criminal de castigar, como autores, os ocupantes de cargos diretivos em corporações que promovem ou permitem ações delitivas, Roxin[824] posicionou-se no sentido de que as regras de domínio da organização não são trasladáveis para os delitos praticados por meio de entidades empresariais, sobretudo, porque tais pessoas jurídicas são, via de regra, vinculadas ao ordenamento jurídico, ou seja, não se prestam, a princípio, a fins criminosos, daí porque não poderiam ser enquadradas no conceito clássico de aparato organizado de poder.[825]

O requisito da desvinculação ao ordenamento jurídico induz à intercambialidade (livre substituição) dos executores diretos e essa circunstância confere ao aparato organizado de poder a garantia do automatismo no cumprimento

---

[823] Nesse sentido é a preleção do próprio Roxin: “Creo que la validez de esta concepción de la autoria debe afirmarse em ló fundamental para cualquier clase de criminalidad organizada. Ya en 1963 en mi primer trabajo sobre el tema destaque como cabia invocar la autoria mediata en el âmbito de los aparatos de poder organizados tanto respecto de los crímenes de Estado, como de los que se cometen en el ámbito de movimentos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes.” ROXIN, Claus. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada...* op. cit., p. *65.*

[824] Ibid., p. 65.

[825] No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtud de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculados del Derecho”? *Revista Penal.* N. 06. p. 113. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>. Acesso em: 01jan.2016.

das decisões delitivas advindas dos agentes superiores. Assim sendo, uma entidade que seja destinada, ao menos precipuamente, ao exercício de atividade negocial lícita não contaria com a mecânica disponibilidade de empregados para a prática de delitos.[826] Em suma, somente de maneira forçada corporações empresariais se enquadrariam no conceito clássico de aparato organizado de poder, ao menos nos moldes preconizados por Roxin.

Daí porque, para fundamentar a imputação de autoria a dirigentes de empresas, Roxin[827] entende ser mais adequado recorrer à figura dos delitos de infrações de dever (*pflichtdelikte*), nos quais os administradores ocupariam a posição de garante para salvaguarda da legalidade das atividades negociais. Ainda assim, contrariando o mentor da tese, o Tribunal Supremo da Alemanha (BGH) passou a admitir, a partir de 1994, a utilização da teoria do domínio da organização no contexto da criminalidade empresarial para o fim de responsabilizar integrantes da cúpula administrativa como autores mediatos.

Na doutrina pátria, Artur de Brito Gueiros Souza[828] e Bruna Martins Amorim Dutra[829] sustentam a aplicabilidade da teoria do dominínio da organização para

---

[826] Da fungibilidade dos executores diretos deriva a concretização mecânica das ordens delitivas. No seio dos aparatos organizados de poder, a intervenção do homem de trás conduz, de forma automática, à realização do tipo penal desejado pelo mesmo. Evidentemente, não há garantia de êxito ou segurança absoluta de que o crime será realizado nos moldes exatos da ordem proferida, mas, mesmo considerando desobediências isoladas, a realização crimiosa é garantida ante as características estruturais da organização. Cf. ROXIN, Claus. *Problemas de autoria y participación*... op. cit., p. 62.

[827] ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente*... Op. cit., p. 248.

[828] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 105. São Paulo: RT, novembro-dez./2013, p. 92.

[829] Para a autora, a teoria é passível de aplicação aos crimes econômicos, mas não de forma automática. No caso concreto, há de se verificar se a empresa se revela como estrutura organizada de funcionamento automático que garanta, por meio da intercambialidade dos executores diretos, o êxito do cumprimento da determinação delitiva emanada da cúpula corporativa. Eis a respectiva preleção: "[...] a construção roxiniana não pode ser vista como uma panaceia para a totalidade dos casos de delinquência empresarial, não cabendo sua invocação para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquira acerca da contribuição conferida ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento. Mostra-se indubitável que a utilização da teoria do domínio da organização como critério de imputação delitiva a título de autoria mediata deve respeitar o processo de imputação objetiva e subjetiva inerente a um Direito Penal garantista, respeitando-se, portanto, os direitos fundamentais da pessoa humana. [...] o dirigente da empresa atue de forma comissiva no sentido de proferir um comando delitivo, cujo sucesso se encontre garantido pela automatização da organização. Por seu turno, quando sua conduta for omissiva, não impedindo a produção do resultado criminoso quando devia e

fundamentar a autoria mediata de superiores hierárquicos no contexto da criminalidade econômico-empresarial.

6.1.5.1 O domínio da organização, a suposta posição do Supremo Tribunal Federal e a Ação Penal n. 470/2005: o que resta após o julgamento do caso Mensalão?

Em obra dedicada exclusivamente à teoria do domínio do fato, o auto-intitulado Grupo Brasileiro em Munique, submetido à orientação de ninguém menos que o próprio Claus Roxin, além do Professor Bernd Schünemann, dedicou-se a esclarecer as origens, o formato e as principais discussões em torno da teoria do domínio do fato. As conclusões do Grupo deixam claro que não há qualquer razão para enxergar na referida construção teórica um fundamento para responsabilização penal por mera ocupação de posição na estrutura hierárquica de pessoas jurídicas.[830]

Por sinal, Luís Greco[831] traça importantes esclarecimentos que excluem do âmbito de incidência da teoria do domínio do fato algumas ideias equivocadas, como, por exemplo, a bravata populista de que, por meio dessa ferramenta argumentativa, "não vai escapar ninguém", uma vez que a referida tese prega um conceito restritivo de autor. Por fim, o autor rechaça a extensão da teoria do domínio do fato aos delitos omissivos (delitos de dever), pois a mesma pressupõe necessariamente um controle ativo do curso causal, o que não pode ser atingido por meio de uma abstenção (um não fazer)[832], destacando também que a usual

---

podia fazê-lo, não será necessário invocar a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização, uma vez que se trata de um típico caso de delito comissivo por omissão." DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira... op. cit., p. 233/234.

[830] GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domíno do fato... op. cit., p. 83.

[831] GRECO, Luís. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais.* V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 108/109.

[832] GRECO, Luís. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato... op. cit., p. 68.

invocação do aludido marco teórico sem as devidas referências bibliográficas contribui para o estado de incerteza e desorientação.[833]

A seu turno, Pablo Rodrigo Alflen[834] enxerga que, de maneira autossuficiente, a práxis jurisdicional desprezou *in casu* algumas construções dogmáticas e empregou, em conjunto, teorias inconciliáveis entre si. O referido autor conclui que, devido aos equívocos do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação da teoria do domínio do fato na Ação Penal n. 470/2005, sequer se pode extrair claramente qual foi o modelo teórico de imputação adotado.[835]

Outra parcela da doutrina assevera que a teoria do domínio do fato foi aplicada na Ação Penal n. 470/2005 de forma meramente retórica, com o fim de fundamentar uma presunção de participação criminosa com base na mera ocupação da posição de gestor empresarial. Segundo tal entendimento, a aludida presunção teria tomado o lugar da devida aferição material-concreta do domínio fato, o que conduziu à responsabilização penal objetiva dos acusados.[836]

---

[833] GRECO, Luís. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato... op. cit., p. 70. Em relação à questão suscitada, deve-se registrar que a referida tese é citada no voto da Ministra Rosa Weber com indição de fonte relacionada à obra de Roxin, sendo, porém, considerada "interessante" e, por isso, utilizada como fundamento para a condenação de dirigentes bancários como autores mediatos de crimes concretizados por subordinados. Cf. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal n. 470/2005, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2012, Inteiro teor, trecho extraído do voto da Ministra Rosa Weber, p. 52.777.

[834] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a APN 470 do STF...* op. cit., p. 148. As críticas do autor são reproduzidas e reforçadas em sua monografia sobre o tema, onde se afirma que o Supremo Tribunal Federal criou uma anomalia, fundindo teorias incompatíveis entre si, desvirtuando a construção original de Roxin e, com isso, demonstrando desconhecimento absoluto do reproche tecido por Roxin em relação ao sistema unitário de autoria. Ibid., p. 184.

[835] No mesmo sentido, Alaor Leite chama a atenção para o fato de que a teoria do domínio do fato ingressou no cenário jurídico nacional com ilusório tom de novidade e, dada a confusão e desconhecimento de premissas básicas da tese original, parece concordar que não se pode sequer dizer que a decisão proferida firmou uma posição do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato, inclusive quanto à criminalidade empresarial. Cf. LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 128/129.

[836] ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira...* op. cit., p. 151.

Por fim, em tom não dissonante, há quem aponte o uso excessivo e irrefletido da aludida tese no referido julgamento.[837]

À vista do exposto, não há como deixar de reconhecer a razoabilidade da afirmação de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n. 470/2005 sequer pode ser tomada como uma afirmação da compatibilidade da teoria do domínio da organização com a legislação penal vigente no Brasil, tendo em vista a omissão, do acórdão e dos votos que o compuseram, quanto à fundamentação da invocação de instrumento teórico repleto de peculiaridades de necessária consideração.

Concorda-se também com a manifestação de estranheza acerca do tardio e desnecessário recurso à teoria do domínio da organização, haja vista que tal argumento foi descoberto recentemente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mesmo sendo possível alcançar o homem de trás – no caso: o administrador empresarial – por simples aplicação de dispositivos do Código Penal de 1940, com a redação dada pela Lei n. 7.209/1984. Nesse exato sentido, sustentam Greco e Assis[838]:

> [...] há uma posição de garantidor do gerente da empresa tanto no que se refere à vigilância dos produtos que a empresa põe no mercado, quanto às pessoas que atuam no seio da empresa (ainda que restringida a delitos "referidos à empresa"). Isso significa que o que se está tentando obter por meio da teoria do domínio do fato – a responsabilização do superior hierárquico – na verdade, já é possível e deve ser feito principalmente com base no art. 13, par. 2º, do CP, isto é, no delito de omissão imprópria. O emprego deste recurso independe da adoção da leitura clássica do art. 29, caput, CP ou da adoção dos preceitos do modelo restritivo e diferenciador do autor.

---

[837] CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APN 470/MG*. Revista dos Tribunais.* V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 112.

[838] GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domíno do fato para a criminalidade de empresa... op. cit., p. 117. No mesmo sentido, corroborando o entendimento acima disposto, Victor Augusto Estevam Valente sustenta que a teoria do domínio do fato é compatível com o ordenamento penal brasileiro, porém, inaplicável à criminalidade corporativa. Assim sendo, o fundamento da responsabilização penal de pessoas físicas que integram o quadro da pessoa jurídica empresária (em especial: diretores, gerentes e administradores) centraliza-se na figura da comissão por omissão, consubstanciada pelos assim chamados delitos omissivos impróprios. Cf. VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada*... op. cit., p. 330.

6.2 A teoria da adequação social (e sua vertente da adequação profissional): apontamentos relevantes

A teoria da adequação social tem sido utilizada, ora como critério de análise da tipicidade material, ora como critério de análise da antijuridicidade comportamental, como fundamento ensejador da não incidência punitiva de normas penais. Por tal razão, justifica-se a abordagem dessa tese e a análise de sua utilidade-legitimidade no âmbito do Direito Penal Econômico.

De início, verifica-se que a expressão "ações externamente neutras" teria sido lançada, em 23.01.1895, na jurisprudência alemã, servindo, naquela ocasião, para exculpar as ações de empregados de determinada pessoa jurídica que vieram, inconscientemente, a colaborar com o crime de sonegação fiscal praticado pelo dirigente da pessoa jurídica[839]. Sem divergir da origem germânica do tema, outra parcela da doutrina aponta que o debate teria surgido, entre 1840 e 1920, quando se discutia se o vendedor poderia responder caso o objeto vendido viesse a ser utilizado posteriormente pelo comprador para a prática de um crime.[840]

O assunto ressurge a partir de 1994, no caso *Dresdner Bank*, decidido pelo Tribunal Constitucional alemão, quando se discutiu se funcionários do referido banco poderiam ser apenados como cúmplices de fraudes fiscais engendradas por clientes ante o auxílio prestado, em tese, pelos mesmos na remessa de capitais para paraísos fiscais.[841]

A teoria da adequação social teria sido sistematizada, pioneiramente, por Hans Welzel em trabalhos publicados a partir de 1939. A noção inicial remetia a uma leitura culturalista do fenômeno criminoso, buscando-se, para além da tipicidade formal da conduta, um significado social de vedação à proibição de comportamentos que estivessem de acordo com o *Volksgeist* (espírito popular). Portanto, é notório que a origem histórica da teoria encontra-se imersa no universo nacional-socialista,

---

[839] Sobre o tema: LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 13 e LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras*: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014, p. 07.

[840] LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras...* op. cit., p. 07.

[841] Ibid., p. 07.

no qual a mitigação da legalidade estrita atendia ao ideal de recrudescimento punitivo. Logo, é até certo ponto compreensível que o contexto político tenha amparado o intento original da tese no sentido de tentar barrar intervenções penais em casos de situações decorrentes do funcionamento ordinário da vida em sociedade.[842]

Em síntese, pode-se dizer que condutas socialmente adequadas, neutras, neutrais ou estandardizadas estariam inseridas no marco de liberdade do Estado Democrático de Direito, eis que seriam praticadas cotidianamente e aceitas socialmente, além de serem, à primeira vista, inofensivas. Assim, ainda que eventualmente utilizada por terceiros como contribuição para a prática de um crime, a conduta neutra não seria punível porque estaria vinculada à atividade cuja legitimidade do sancionamento não se encontra evidenciada.

Portanto, o conceito de ação neutra expressa uma contribuição não manifestamente punível para fato ilícito alheio, sendo o comportamento assim caracterizado com base no risco criado (se juridicamente desaprovado ou permitido) e no princípio da proporcionalidade (mais especificamente, no sub-princípio da idoneidade).[843]

No contexto de um aparente concurso de pessoas, a conduta socialmente adequada pode ser definida como aquela que, por se adequar ao padrão usual, mostra-se aceitável e, por isso, é reproduzida maciçamente em que pese possa contribuir, no plano meramente objetivo-formal, para a eventual causação delitiva. Como bem resumem as palavras de Ricardo Robles Planas[844]: “La delimitación entre una conducta ´socialmente adequada´ y una delictiva es, en realidad, una cuestión que afecta a la delimitación de esferas de acción o de responsabilidad en cuanto esferas de liberdad”.

---

[842] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010., p. 123.

[843] GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 169.

[844] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal*: fundamentos, teorias del delito y derecho penal econômico. Buenos Aires: IBDEF, 2014, p. 246.

Portanto, a teoria da adequação social procura identificar âmbitos de atuação penalmente atípica, que podem ser nominados de contextos de neutralidade. No tocante ao exercício profissional, a referida tese ganha contornos peculiares, haja vista que, em alguns setores econômicos onde vigoram padrões normativos ou costumeiros, a análise da desaprovação comportamental partiria, ao menos indiciariamente, do afastamento do indivíduo em relação à estandardização estabelecida. Daí se falar, mais modernamente, em teoria da adequação profissional[845], o que se dá com o fim de excluir o exercício de determinadas profissões e atividades econômicas do raio de incidência do Direito Penal.

Nesse prisma, a teoria da adequação profissional é uma variante da teoria da adequação social (sistematizada por Welzel, em 1939), que foi vislumbrada por Winfried Hassemer em trabalhos publicados a partir de 1995. Segundo tal perspectiva, a adequação profissional procura dividir a análise do comportamento em duas etapas[846]: (1) num primeiro momento, verifica-se se determinado grupo social ou profissional encontra-se regulado e, (2) num segundo momento, se as regras grupais são compatíveis com o ordenamento jurídico.

Logicamente, a mera reiteração comportamento por parte de determinada classe profissional não pode implicar na afirmação de sua compatibilidade automática, uma espécie de atestado exoneratório frente ao Direito Penal. Entretanto, se tais regras ou hábitos da categoria não são clandestinos ou ocultos, seria preciso indicar razões especiais para que se considere penalmente proibida a aludida conduta.[847]

Nesses termos, como regra geral, nenhum profissional pode ser reputado como garantidor no sentido de ter o dever de evitar o cometimento de condutas delitivas praticadas por seus clientes. Ainda que venha a gerar utilidades para o

---

[845] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal*... op. cit., p. 245.

[846] HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz, Bakentypsisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, wistra, 1995, I, pp. 41 e segs; II, p. 81 e segs *apud* PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abocacía y la tipicidade del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales.* Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 175.

[847] GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras...* op. cit., p. 52.

cometimento de ilícitos, a prestação de serviços profissionais não possuiria, a princípio, a especificidade objetiva necessária para induzir à conclusão pela contribuição punível. Em suma, a aplicação delitiva de prestações profissionais é, segundo essa visão, de exclusiva responsabilidade do terceiro tomador do serviço, autêntico autor do crime.

A *contrario sensu*, a intervenção punível legitimar-se-ia a partir da constatação, com base em dados objetivos, de que o profissional adaptou sua prestação laboral ao projeto delitivo do cliente, o que pode se dar mediante tomada de atitudes frontalmente contrárias à normativa administrativa ou ao costume setorial. Em alguns ramos, determinados deveres de ação e abstenção costumam ser padronizados na forma de imputação de posições de garantia, o que se dá, por exemplo, em matéria de lavagem de ativos, onde vigoram obrigações textualmente dirigidas a agentes financeiros com vistas à checagem da licitudade do patrimônio envolvido em transações de mercado.[848]

Assim sendo, haverá intervenção punível quando a conduta do profissional fuja, de forma irrazoável e injustificada, dos contornos padronizados, vindo a contribuir para o resultado criminoso, hipótese em que a conduta deixa de ser profissional e socialmente adequada. Seguindo essa linha de raciocínio, não é punível a conduta daquele que, dentro dos limites legalmente permitidos, assessora o cliente para que o mesmo pague menos tributos, mas se torna passível de imputação por crime contra a ordem tributária o profissional que venha a arquitetar complexa e personalizada operação societária para ocultar informações relevantes e recursos patrimôniais de modo a ludibriar o fisco.[849]

Portanto, o desprezo pelos padrões e obrigações normativamente dispostos e habitualmente aplicáveis ao respectivo ramo de atuação econômica evidencia que a atuação profissional deixou de ser neutra, passando a configurar uma colaboração criminalmente típica e punível. Em suma, a conduta deixará de ser neutra ou

---

[848] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Imputación em la empresa y conductas neutrales...* op. cit., p. 445.

[849] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal...* op. cit., p. 251.

profissionalmente adequada quando[850]: (1) exteriorize uma relação de sentido delitivo manifesto; (2) favoreça, concreta e objetivamente, o comportamento delitivo de terceiro e (3) supere os limites do papel social e profissional do cooperante.

Para um setor doutrinário, a ideia de adequação social ainda estaria em construção, mas seu emprego não violaria o princípio da legalidade ou da segurança jurídica, revelando-se como legítimo critério hermenêutico restritivo da imputação penal. Acerca desse aspecto, Renato de Mello Jorge Silveira[851] entende que não há conflito entre a ideia de risco tolerado, um dos critérios de imputação objetiva que envolve a contemplação do desvalor do resultado ocorrido, e a noção de adequação social, cuja análise antecede esse momento e afastaria a conclusão pela configuração da própria tipicidade material. Em tom convergente, uma outra parcela doutrinária sustenta que a ideia de adequação social configura um princípio constitucional implícito de interpretação da tipicidade comportamental.[852]

Não se discorda integralmente das premissas acima declinadas, contudo, crê-se que são demasiadamente nebulosos os vetores que pautariam a aplicação das noções de adequação social e de sua vertente corolária concernente à ideia de adequação profissional. Aliás, esse é o entendimento adotado majoritariamente pela doutrina pátria.[853]

Não existem ações neutras por si sós, pois o sentido social da conduta depende do contexto em que a mesma foi praticada. Portanto, o exame das circunstâncias do caso concreto acaba sendo fundamental para definição da

---

[850] A síntese desse posicionamento da jurisprudência espanhola é externada da seguinte forma: "[...] se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc." BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico...* op. cit., p. 731.

[851] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em Direito Penal...* op. cit., p. 272.

[852] RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal.* Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 93.

[853] Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* V. I. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 124.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. V. I. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50 e GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* V. I. Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 62.

permissibilidade ou proscrição do risco assumido. Noutros termos, qualquer conduta que abstratamente possa ser qualificada como neutra – e, portanto, penalmente irrelavante e atípica – pode adquirir sentido delitivo dentro de certas condições contextuais, o que impede a exclusão genérica de tipicidade de determinadas classes de ações inerentes ao exercício de uma profissão.[854]

Tais razões levam Roxin[855] a afirmar que a teoria da adequação social não passa de um *slogan* vazio, haja vista que não são indicados claramente os critérios orientadores de sua delimitação. Comprovariam essa realidade os diferentes exemplos lançados, ao acaso, nas sucessivas edições do manual de Hans Welzel, tido como o grande sistematizador da aludida tese.[856]

Ricardo Robles Planas[857] assevera que, no modo vago, obscuro e carente de limites precisos em que concebidas, as teses da adequação social e da adequação profissional importariam em conferir a costumes o poder de imunizar categorias profissionais frente ao Direito Penal, atribuindo-lhes uma espécie de carta branca para a prestação de serviços a criminosos, o que é inadmissível.

Luís Greco[858] ratifica o fato de que o próprio Welzel também se mostrou vacilante e mudou várias vezes de entendimento quanto ao efeito prático da teoria da adequação social, ora manifestando-se pela exclusão da tipicidade, ora pregando a exclusão da antijuridicidade. Em tom ainda mais incisivo, esse autor assevera que a teoria da adequação profissional é excessivamente vaga ao chancelar que a reiteração de determinado comportamento grupal gere uma presunção de juridicidade. Sendo assim, por suas múltiplas e graves falhas, Greco conclui que a teoria da adequação profissional é uma falácia naturalista, o que é ilustrado, exemplificativamente, pelo que fato de que, de acordo a referida tese, não se

---

[854] PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales*: el ejercicio de la abocacía y la tipicidade del delito de blanqueo de capitales... op. cit., p. 173.

[855] ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 65. São Paulo: RT, março/2007, p. 12.

[856] ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências... op. cit., p. 12.

[857] ROBLES PLANAS, Ricardo. Las condutas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido em la intervención em el delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 46.

[858] GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... op. cit., p. 24.

poderia falar em crime de corrupção de funcionários da justiça em fóruns nos quais pagamentos indevidos fossem uma praxe, o que configura um autêntico absurdo.[859]

A seu turno, a jurisprudência brasileira ora se mostra avessa ao acolhimento do princípio da adequação social, com base na inaptidão dos costumes para derrogar normas penais incriminadoras (o que afrontaria o princípio da continuidade das leis, previsto no artigo 2º do Decreto-Lei n. 4.657/192, com alteração da Lei n. 12.376/2010)[860], ora mescla o referido conceito com o princípio da insignificância[861], embora a primeira noção se refira à análise do desvalor da conduta, enquanto o questionamento penal da bagatela se relaciona com o desvalor do resultado.

Diante desse debate, crê-se que se, sob o pretexto de exercício de liberdade fundamental como cidadão ou profissional, o agente ultrapassar os limites da boa-fé, contribuindo para o resultado, incorrerá inarredavelmente na prática criminosa ante o entrelaçamento de sua conduta com o delito praticado por terceiro (conexão de risco).[862] Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, a liberdade de

---

[859] GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... op. cit., p. 52/53. Registre-se, no entanto, a opinião em contrário do Desembargador Federal Ivan Athié que, segundo noticiado pelo jornal O Globo, teria defendido, em sessão no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a relativização da propina paga a servidores públicos mediante uso dos seguintes termos: "— Nós temos que começar a rever essas investigações. Agora, tudo é propina. Será que não é hora de admitirmos que parte desse dinheiro foi apenas uma gratificação, uma gorjeta? A palavra propina vem do espanhol. Significa gorjeta. Será que não passou de uma gratificação dada um servidor que nos serviu bem, como se paga a um garçom que nos atendeu bem? Essas investigações estão criminalizando a vida". Matéria disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/desembargador-do-trf-2-propoe-que-se-relativize-propina-da-lava-jato.html>. Acesso em: 01.04.2017.

[860] Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 104467, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 08.02.2011. A ementa do referido julgado expressa o seguinte: "[...]CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. [...] 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), ´não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue´. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado.".

[861] Cf. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal n. 00013414720044025103, Rel. Desembargador Federal Abel Gomes, DJ 28.02.2007. Referindo-se ao delito de moeda falsa (artigo 189 do CP), o julgado aludido contém em sua ementa o seguinte trecho: "[...] 3. Punição que está de acordo com o princípio da adequação social. 4. Não é insignificante a colocação de cédulas de cem reais em circulação. O bem jurídico é a fé pública e não o patrimônio daquele que recebeu as notas falsificadas. 5. O Estado atua na proteção da fé pública no mais abrangente círculo de trânsito de papéis no seio social. Afinal, a moeda é o principal instrumento por meio do qual se opera o câmbio de mercadorias e serviços na vida econômica e social, o que leva a sua falsidade a um campo de lesividade dos mais vastos e importantes. Coerência com o princípio da intervenção mínima.".

exercicio profissional não pode servir como escudo ou blindagem para a prática de crimes de qualquer espécie.

O reconhecimento dessa premissa reforça o já mencionado poder-dever dos dirigentes corporativos quanto à neutralização de desvios cognitivos (vide o disposto no item 2.4.5.2) por meio da adoção de programa de *compliance* eficaz, uma vez que a eficiente organização estrutural da pessoa jurídica no tocante à fiscalização da legalidade de suas atividades tem a exata missão de impedir a consolidação interna de uma subcultura empresarial de índole criminosa.

De todo modo, seja pela indefinição de critérios de incidência, seja pela insegurança jurídica que fomenta, é forçoso concluir que a teoria da adequação social e a noção vinculada concernente à adequação profissional não acrescentam contribuições concretas solucionadoras de problemas relativos à teoria do delito.[863] Tais teses podem, no máximo, funcionar como princípios gerais interpretativos, sendo, porém, sobrepujadas por critérios tecnicamente mais plausíveis e robustos derivados da teoria da imputação objetiva, tais como a criação ou aumento de risco juridicamente proibido, tema que será objeto de análise a seguir.

6.3 A teoria da imputação objetiva e a criminalidade empresarial

A origem sistematizada da teoria da imputação objetiva é atribuída a Roxin e, mais especificamente, a vários artigos de sua autoria publicados no ínicio da década

---

[862] LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras*... op. cit., p. 119.

[863] Reconheça-se, entretanto, que tais teorias e suas respectivas imprecisões talvez tenham sido um primeiro degrau na escala de ferramentas acadêmicas que somente foram alcançadas posteriormente, haja vista que uma parcela da doutrina reconhece certa compatibilidade entre as ideias de adequação social e de imputação objetiva. Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adecuación social y corrupción. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 305 e FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva em el Derecho penal económico y empresarial.* Barcelona: maio/2009, p. 51. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/627_1.pdf>. Acesso em: 28ago.2016. No mesmo diapasão, afirmando que os conteúdos da imputação objetiva foram antecipados pela teoria da adequação social: MARQUES, Daniela de Freita. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido.* Porto Alegre: 2008, p. 351.

de 1970.[864] A partir de então, diversos trabalhos surgiram sobre o tema, inicialmente, na Alemanha e, posteriormente, em países hispânicos. A doutrina majoritária costuma conceber a teoria da imputação objetiva como um filtro de atribuição do resultado, vislumbrando-a como uma tentativa de delimitação da tipicidade penal feita com base em alguns critérios normativos objetivos, tais como: a criação de risco penalmente proibido ou tolerado; a proibição de regresso ao infinito; o princípio da confiança; a violação do fim de proteção da norma e a concorrência da vítima.[865]

Portanto, a teoria da imputação objetiva é um instrumento dogmático de aplicabilidade universal (bastando, para tanto, a observância do princípio da legalidade) que consiste no procedimento de interpretação do alcance da proibição contida nos tipos penais de modo a criar uma conexão entre a letra fria da lei e a realidade.[866]

O fundamento da teoria da imputação objetiva é a observação de que somente é digno de atribuição (e punição) o resultado causado por uma conduta humana que crie um perigo juridicamente desaprovado e o mesmo acabe se concretizando em consequência tipicamente prevista. Em outras palavras, para a imputação do resultado penal, devem estar presentes os seguintes requisitos: (1) uma conduta criadora de risco não permitido ou tolerado; (2) a convolação desse risco em resultado concreto e (3) o enquadramento desse resultado no alcance da previsão penalmente típica.[867]

---

[864] MIR PUIG, Santiago; BREIER, Ricardo. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, V. 56, setembro/2005, p. 176. Registre-se, porém, que a teoria da imputação objetiva vem sendo desenvolvida há algumas décadas pela doutrina alemã a partir da consideração de insuficiência da diretriz meramente naturalística na conceituação de ação e causalidade. Uma parcela da doutrina aponta que a referida construção doutrinária foi inspirada nas reflexões filosóficas de Hegel – sobre como atribuir causalidade à conduta de alguém – e teve origem em trabalhos de Larenz e Honig, embora seu estágio atual pouco possa ser relacionado com tais estudos. Cf. BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva*: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas 2015, p. 177.

[865] A concorrência da vítima talvez seja o único critério de imputação objetiva mais afastado da realidade do direito penal econômico, haja vista que, de forma geral, os crimes econômicos violam bens jurídicos supraindividuais, razão pela a figura da vítima é dispersa no meio social e sua influência na conduta e tipicidade é dificilmente demonstrável.

[866] CANCIO MELIÁ, Manuel; CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e Funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86.

[867] CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 19/20.

Portanto, *a contrario sensu*, não é admissível a imputação penal em ao menos quatro hipóteses[868]: (1) se não houve criação de um risco de lesão; (2) se criado, foi um risco permitido ou tolerado; (3) se o o risco criado não é relevante como ameaça ao bem jurídico ou (4) se a conduta, em verdade, diminui um risco penalmente proscrito. Parte-se, destarte, da consideração de que a imputação penal demanda, fundamentalmente, a criação de um risco não permitido (perigo juridicamente desaprovado), o que pode ser inferido, por exemplo, pela observância de normas técnicas de controle de determinadas atividades laborais que contenham um risco intrínseco.[869]

Evidentemente, nem toda criação de risco é punida penalmente, eis que isso configuraria uma exacerbação do controle da liberdade. Há atividades arriscadas que, por sua importância para a boa fluência da vida em sociedade, são toleradas e penalmente atípicas, desde que observados determinados limites.

Mais do que servir para a fundamentação responsabilidade penal no âmbito da criminalidade empresarial, a teoria da imputação objetiva permite reduzir a intervenção penal estatal a hipóteses em que realmente ela se faça necessária e justificada, excluindo-se, portanto, a incidência punitiva excessiva ou meramente formal. Ao afastar a concepção naturalística ou mecanicista do tipo penal, os critérios de imputação objetiva implementam uma visão axiológica mediante estabelecimento de pautas para a interpretação e a aplicação da norma penal. Não há dúvida de que o desenvolvimento de tal instrumento dogmático de determinação da tipicidade material objetiva tem grande importância na resolução dos problemas relacionados à atribuição de responsabilidade no âmbito da criminalidade econômico-empresarial.[870]

A seguir, será traçada a correlação vislumbrada entre a teoria da imputação objetiva (quanto ao critério do risco) e a padronização dos deveres profissionais de agentes financeiros, bem como sua influência na verificação da tipicidade do crime de lavagem de ativos.

---

[868] BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva...* op. cit., p. 178.

[869] Ibid., p. 191.

[870] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Imputación em la empresa y conductas neutrales...* op. cit., p. 448.

6.3.1 O risco proibido para agentes financeiros quanto ao crime de lavagem de ativos: a correlação entre deveres antilavagem, *compliance* e responsabilidade penal individual no âmbito empresarial

A origem do conceito de risco proibido remete à época em que foi necessário permitir o exercício de atividades industriais que geravam certo perigo de dano e, assim, não comprometer o progresso da vida em sociedade. O critério do risco permitido constitui um parâmetro de análise da imputação objetiva, pois não impõe aos indivíduos o dever de controlar todos os riscos possíves e imagináveis de lesão a bens jurídicos, mas somente os que excedem o nível de perigo considerado tolerável. Nesse aspecto, ganham ênfase as normas administrativas emanadas da autoridade reguladora que regem a correta exploração econômica de determinados setores.[871]

Na aferição da tipicidade ou atipicidade do comportamento, há de se considerar a posição jurídica desempenhada pelo sujeito ativo da infração penal e sobre a qual se projeta a valoração jurídico-penal. Especialmente no Direito Penal Econômico, deve-se ter em conta que os tipos penais partem de uma posição jurídica ocupada pelo agente, da qual derivam deveres de não lesionar ou respeitar âmbitos de organização. Nesse contexto, o critério do risco permitido, englobado na teoria da imputação objetiva, representa um parâmetro dogmático adequado para enfrentar e delimitar a responsabilidade penal de todos aqueles que exercem funções profissionais no âmbito empresarial, tema emergente a partir do final do século passado.[872]

Outrossim, aquele que exerce a gestão preferencial sobre um âmbito de organização e o administra livremente deve evitar que o mesmo se torne prejudicial para terceiros. Desde a Antiguidade, essa noção é conhecida sob a parêmia *neminem laedere*[873] (dever de não prejudicar ninguém). A preocupação com os

---

[871] GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico...* op. cit., p. 354.

[872] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial...* op. cit., p. 36.

[873] Não se descreve nesse ponto nenhuma novidade ou nada distinto do *neminem laedere* ou *alterum non laedere*, ou seja, o dever de não lesionar interesses de terceiros e da coletividade, o que se integra na essência da concepção de Ulpiano, segundo a qual o Direito consiste em viver

riscos sociais do exercício da própria esfera de liberdade é também objeto da atenção de Rolf Kuntz[874], como se verifica a seguir:

> A ideia de pessoas livres, capazes de cooperar e de cuidar da própria vida, assumindo conscientemente seus riscos, é compatível com a versão mais individualista do liberalismo. No entanto, a própria concepção de pessoa livre e capaz é inteligível apenas quando vinculada a uma estrutura social: só a partir dessa perspectiva é possível dar um sentido claro à noção de liberdade.

Assim sendo, quanto maior for a liberdade organizativa da atividade econômica, mais extensa deve ser a responsabilidade em caso de exercício defeituoso da mesma. O comportamento ilícito, ativo ou omissivo, vem a ser uma ampliação da própria esfera de liberdade às custas da liberdade e do direito alheio, um abuso da autonomia que interfere na esfera jurídica comunitária, como explica Bernardo Feijoo Sánchez[875]:

> Quien tiene reconocida la competencia de configurar su vida de forma autónoma y excluyendo la intromisión de terceras personas, es competente, a cambio, de preocuparse de que su ámbito de organización no implique peligros para otros ámbitos de organización; es decir, coordinarse de forma correcta con otra ámbitos de organización.

A estratégia de fixação de regras, tais como códigos de conduta e ética inerentes ao estado da arte ou da técnica profissional em alguns ramos da economia, tem papel decisivo relacionado à imputação objetiva no campo do Direito Penal Econômico. Na mesma proporção, a estratégia de conjugação de interesses públicos e privados no bojo da denominada autorregulação regulada tem determinado a revisão de postulados dogmáticos clássicos, uma vez que já não se pode ignorar a influência de regras técnicas de conteúdo aparentemente extrajurídico no tocante à determinação do risco penalmente proibido, o que se reflete na legitimidade de condutas e em sua possível repercussão penal.[876]

---

honestamente, dar a cada um o que é seu e não prejudicar a ninguém (*juris praecpta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*). Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 24.

[874] KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 151.

[875] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva.* Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 72.

[876] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Problemas de imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial... op. cit., p. 76.

A criação de um risco desaprovado ocorre quando do descumprimento de deveres que o ordenamento jurídico impõe, precisamente, para evitar que uma determinada classe profissional venha a servir de instrumento para o cometimento de determinados delitos. Nesse caso, estabelecem-se determinadas posições e deveres de garantia – relacionados a setores econômico-profissionais mais sensíveis a riscos penais – com o fim de evitar que tais atividades socialmente imprescindíves passem a fazer parte de projetos delitivos.[877]

Nos setores em que não existam deveres normativamente discriminados para evitação da contribuição com criminosos, o castigo da cumplicidade deve, de fato, ser muito restritivo e ocorrer somente quando a conduta do profissional traduza inequívoco acoplamento à planificação delinquente engendrada por terceiros. Nesse caso, há de se avaliar, contextualmente, se o prestador de serviço pautou sua atuação considerando ou não o resultado criminoso.

Cite-se, como exemplo, o empregado de um banco que, se atuar estritamente no marco de sua atividade laboral, observando as regras normativas internas e externas que incidem sobre sua função, estará, inegavelmente, dentro da zona de risco penalmente tolerado. Apenas quando se comprovar a violação de deveres especificamente dirigidos a tal atividade ou quando sua conduta importe em abandono dos moldes comumente exigíveis para o desempenho da respectiva função profissional, poder-se-á falar em intervenção punível.[878]

Embora, como já referido, a noção de adequação social-profissional não seja, isoladamente, capaz de afastar a tipicidade de comportamentos levados a efeito no curso do exercício profissional, isso não impede o reconhecimento de que a observância do padrão comportamental normativamente estabelecido é um ponto de partida relevante para a valoração da configuração da tipicidade da conduta profissional, o que se depreende a partir da opinião doutrinária a seguir exposta[879]:

---

[877] ROBLES PLANAS, Ricardo. Las condutas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos... op. cit., p. 59.

[878] Ibid., p. 60/61.

[879] PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abocacía y la tipicidade del delito de blanqueo de capitales... op. cit., p. 177.

> Si el punto de partida para un correcto examen de los casos reside en considerar que una conducta que pertenece al género de las conductas profesionalmente adecuadas es ab initio profesionalmente adecuada y, por tanto, penalmente irrelevante, sin embargo, ello no significa que siempre y bajo cualesquiera circunstancias la conducta haya de calificarse de penalmente atípica. La razón es sencilla: porque las reglas de la profesión trales en los que se inserta la actividad o el hecho concreto. De modo que un contexto específico en el que se añade una circunstancia no imaginada para definir la regla de conducta adecuada, convierte en inoperante la regla [...]

Portanto, o acatamento dos deveres ligados ao um programa de *compliance* eficaz configura uma causa de diminuição do risco ou, ao menos, torna evidente a não incursão na zona de risco penalmente proibido, o que, em termos de imputação objetiva, redunda no reconhecimento da exclusão da tipicidade material, a despeito da produção do resultado descrito formalmente na lei penal. Nesse caso, a conduta do profissional é indigna de repressão punitiva.[880]

Por conseguinte, o padrão comportamental normativamente fixado pressupõe que a ponderação dos limites penais de risco já foi efetuada pelo legislador ou pelo autoridade reguladora, o que servirá não somente para a definição genérica de infrações administrativas, mas também para a delimitação da tipicidade penal. Sendo assim, um dos critérios determinantes para a análise da relevância penal da conduta será a desviação do padrão comportamental normatizado.[881]

Nesse sentido, eis a manifestação de Ricardo Robles Planas[882]:

> Quien obra de acuerdo con las normas profesionales obtiene con ello la presunción de obrar también de forma atípica. Ello conduce a la impunidad, en general, de las acciones profesionalmente adecuadas, incluso cuando quien las ejecuta sea consciente de que un tercero desviará esa actuación hacia la comisión de un delito. Por el contrario, una conducta realizada en el marco profesional sólo dará lugar a complicidad punible cuando se infrinjan las reglas profesionales. Esta infracción puede revestir dos manifestaciones: cuando se trata de modificaciones de condutas habituales en forma de prestaciones nuevas y ajenas a la actividad que sólo pueden ser vistas como condiciones para la consecución de fines criminales o cuando se trata de la creación o adaptación de actividades reguladas a finalidades no ´neutrales´ o a planes delictivos ajenos.

À vista do exposto, verifica-se a patente relação de complementariedade entre os tópicos abordados ao longo do presente estudo. O combate ao crime de

---

[880] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...* op. cit., p. 147.

[881] Ibid., p. 180.

[882] PLANAS, Ricardo Robles. Las "condutas neutrales" en derecho penal: la discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 70. São Paulo: RT, jan./2008, p. 194/195.

lavagem de ativos, os deveres de colaboração antilavagem dispostos em face de agentes financeiros e a punibilidade da omissão quanto à proteção dos interesses jurídicos envolvidos nessa temática se entrelaçam com a emergência da *compliance culture*. Ao diminuirem riscos penais e individualizarem responsabilidades no âmbito empresarial, os programas de cumprimento normativo permitem, a um só tempo, afastar punições injustas e impunidades, pontos fundamentais na construção de um Direito Penal Econômico justo, racional e equilibrado.

CONCLUSÃO

> Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas principalmente nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação por que passam no espírito que os assimila. Um sabedor não é um armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas [...] Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber de tudo. O saber da realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim, do que vai aprendendo, como que elabora.
>
> *Rui Barbosa*

Desde a apresentação do objeto e da finalidade dessa investigação científica, foi enfatizada a impressão e, ao depois, convicção de que o crime de lavagem de ativos guarda ligação fundamental com as mais graves formas de delinquência e seus efeitos deletérios. Agora, chegado o momento de encerrar o trabalho, traz-se à colação, como derradeira referência, a narrativa de um pitoresco episódio ocorrido ainda nos tempos de domínio do narcotraficante Pablo Escobar sobre o povo de seu país e, porque não dizer, sobre a própria República da Colômbia:

> Numa das cada vez mais frequentes operações de busca das autoridades, agentes do Inderena, o Instituto de Recursos Renováveis e Não Renováveis, apreenderam as doze zebras do zoológico. Meu pai ficou sabendo disso e, mesmo estando na clandestinidade, ordenou imediatamente que seus homens conseguissem doze burros para substituir as zebras no lugar onde elas haviam sido abrigadas.
> - Ofereça um ano de salário para o vigia – disse para um de seus empregados de confiança.
> E assim foi: o vigia permitiu que a troca fosse feita e, à noite, pintaram os burros de branco e preto e as zebras voltaram para Nápoles.[883]

[883] PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar: meu pai...* op. cit., p. 156.

Tal relato aparentemente jocoso retrata uma realidade tão séria, quanto ainda vigente, inclusive no Brasil. Os recentes desdobramentos revelados no caso Mensalão e na Operação Lava-Jato não deixam dúvida alguma sobre a preocupante atualidade do tema. A dissimulação patrimonial sempre foi e continua sendo essencial à macrocriminalidade organizada, seja para garantir o prosseguimento do ciclo de delitos praticados em detrimento dos mais caros valores sociais, seja para, por meio de renovado poderio econômico, impor derrotas ao Estado em seu enfrentamento.

Todo esse processo pernicioso alimentado pela lavagem de ativos tramita, como visto, mediante escárnio, deboche e humilhação que recaem não somente sobre as autoridades estatais, mas, em última análise, sobre todos os cidadãos honestos. O êxito do processo de dissimulação patrimonial faz com que o crime compense e a manutenção desse cenário nefasto passa, frequente e maciçamente, pela cooperação de instituições financeiras e de seus membros, figuras primordiais, portanto, à sustentação do mundo do crime.

Diante desse quadro circunstancial, são apresentadas a seguir as conclusões e proposições derivadas da pesquisa acadêmica empreendida:

1) Como efeitos do processo de globalização, a desregulação extremada da economia e o progresso tecnológico dos meios de comunicação acarretaram um paradoxo composto, de um lado, pelos benefícios em termos de qualidade de vida dos povos e, noutro lado, pelos problemas ligados ao abuso de liberdades econômicas e à formação de uma nova era da criminalidade;

2) A macrocriminalidade do mundo contemporâneo é marcada por três características básicas: o poderio econômico-político, a organização logística em moldes empresariais e a transnacionalidade de sua atuação e produção de efeitos maléficos;

3) A transnacionalidade do *modus operandi* e dos efeitos dos crimes praticados no contexto da moderna delinquência organizada torna ineficazes as tentativas locais de controle dos problemas dela derivados, demandando, portanto, a busca de soluções integradas por parte da comunidade internacional e esforços dos Estados

no sentido da harmonização do tratamento jurídico de determinados temas criminais, em especial no tocante ao reforço e desburocratização da cooperação jurídico-penal internacional;

4) A criminalidade econômico-empresarial é expressão relacionada ao conceito doutrinário de criminalidade de empresa (distindo da criminalidade na empresa), abrangendo os crimes que violam ou vulneram bens jurídicos supraindividuais tutelados na ordem econômico-constitucional e que são cometidos por meio de atividades empresariais (artigo 966 do CC);

5) As principais características da criminalidade econômico-empresarial são: o dinamismo mimético (consistente na capacidade de rápida adaptação para escapar ao controle das autoridades estatais); a sofisticação logístico-organizacional (consistente na descentralização, na hierarquização e, sobretudo, na especialização profissional das tarefas delitivas) e a massividade de seus efeitos nocivos (consistente na produção de resultados que atingem interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas, produzindo-se a assim chamada vitimização difusa);

6) A criminalidade econômico-empresarial tem estreita relação com ensinamentos da Criminologia, em particular, quanto aos seguintes aportes: a teoria da aprendizagem social, a teoria da criminalidade do colarinho branco; a teoria da neutralização; a teoria da escolha racional e a teoria da prevenção situacional;

7) Os citados marcos teóricos criminológicos explicitam, convergentemente, a forte influência da cultura e do ambiente corporativo nos comportamentos criminosos individualmente cometidos por meio da atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica. Nessa perspectiva, são categorizadas diversas modalidades de desvios cognitivos, que consistem em vícios intrínsecos à estrutura interna da instituição empresarial que conformam fatores potencialmente crimógenos, cuja neutralização configura um desafio ainda pendente na conjuntura da gestão empresarial no mundo moderno;

8) O crime de lavagem de ativos relaciona-se, originalmente, com a macrominalidade organizada, constituindo um fator primordial que lhe proporciona a subsistência e o crescimento de seu poderio econômico-político;

9) Na discussão sobre o bem jurídico penalmente tutelado a partir da tipificação do delito de lavagem de ativos, deve ser reconhecida a pluriofensividade da referida conduta incriminada, com prevalência para a proteção da ordem econômica (em particular, quando envolvidas grandes quantias a serem ocultadas) e da administração da justiça (com vistas à efetivação do confisco do produto financeiro do crime antecedente);

10) A lesividade do crime de lavagem de ativos se apresenta sob dois aspectos: na face microeconômica, macula-se a livre concorrência ao possibilitar que empresários e entidades mantidas com recursos lícitos venham a competir com empreendimentos sustentados por divisas de origem criminosa; na face macroeconômica, desvirtua-se a política econômica estatal e a estabilidade monetária ao viabilizar mudanças inesperadas no valor da moeda e a distorção artificial dos preços de bens e serviços, uma vez que o agente lavador de ativos não segue qualquer padrão de racionalidade econômica, mas busca os setores de mercado e jurisdições onde os controles são inexistentes ou amenizados;

11) Os objetivos da tipificação penal da lavagem de ativos de forma autônoma são: o impedimento da compensação criminosa; o reforço ao confisco do produto criminoso; a identificação dos comandantes de organizações criminosas e o isolamento financeiro do criminoso;

12) A divisão da prática do crime de lavagem de ativos em etapas tem finalidade meramente didática e não conta com respaldo legal, logo, não configura um *iter criminis* específico e sua observância sucessiva não é exigível para fins de consideração da consumação do delito de lavagem de ativos. Os serviços prestados por instituições financeiras podem ser utilizados em quaisquer dessas fases;

13) A evolução normativa e institucional do combate ao crime de lavagem de ativos indica o reconhecimento de que instituições financeiras são a via prediletamente utilizada no processo de ocultação de bens obtidos por meio de praticas criminosas, razão que justifica a imposição da colaboração de tais entidades e seus membros, em especial, para: a identificação de clientes; a manutenção do registro das operações efetuadas; a comunicação de operações suspeitas e a preservação do sigilo de tais notificações;

14) A expressão “paraíso fiscal” configura um eufemismo indevido que designa países que apresentam as seguintes características básicas: garantia de sigilo bancário absoluto ou elevado; ausência ou limitação exacerbada em termos de cooperação jurídica internacional; extrema facilidade legal-burocrática e baixo custo para criação de empresas desprovidas de sede física no país; estabilidade política, social e econômica; existência de sistema bancário, meios de transporte e comunicação tecnologicamente desenvolvidos; ausência de controles cambiais; não criminalização de delitos do colarinho branco e oferta ampla de serviços agregados de assessoria contábil, jurídica e administrativa;

15) A expressão que melhor designa Estados que ostentam tais características é “paraísos jurídico-penais”, sendo certo que os mesmos têm contribuído relevantemente para a persistência de lacunas de efetividade na persecução do crime de lavagem de ativos. As medidas antilavagem empreeendidas por entidades internacionais, como o GAFI, a OCDE e o FMI, têm se mostrado seletivas em duplo aspecto: rigoroso alistamento e sancionamento de países de menor porte contrastando com a preservação silenciosa de entes ligados a interesses de países desenvolvidos, notadamente EUA, Reino Unido e China;

16) Com o fim de afastar a punibilidade da chamada lavagem de bagatela e prestigiar os princípios da intervenção mínima do Direito Penal, bem como as noções corolárias da fragmentariedade, da subsidiariedade e da insignificância propõe-se que:

16.1) *De lege ferenda,* seja estabelecido que a infração penal que antecede a lavagem de ativos deverá ostentar pena máxima abstrata superior a 4 anos de

privação da liberdade ou ser dotada de transnacionalidade, quanto a seus efeitos ou método de cometimento, em coerência com as características legais da figura da organização criminosa (artigo 1º, parágrafo 1º da Lei n. 12.850/2013), à qual o crime de lavagem de ativos está originalmente vinculado;

16.2) *De lege lata,* deve ser considerada materialmente atípica a ocultação de patrimônio cujo valor não ultrapasse o montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), tendo em vista que: uma das finalidades da incriminação da lavagem de ativos é o reforço ao efeito da condenação penal consistente no confisco do produto financeiro do delito; a União Federal é a destinatária desses bens confiscados (artigo 91, II, ´b´ do CP) e esse mesmo ente da federação considera que valores abaixo desse patamar são irrisórios a ponto de não justificarem sequer a propositura de execução fiscal para sua cobrança (Portaria do Ministério da Fazenda n. 75/2012);

16.3) Nos casos de competência da Justiça Estadual (diga-se: competência residual por força da interpretação a contrario sensu do disposto no artigo 2º, III da Lei n. 9.613/1998), o confisco do produto patrimonial de crimes de lavagem de ativos como efeito da condenação penal terá por destino os cofres do respectivo Estado-membro (nos termos do artigo 7º, I da Lei n. 9.613/1998), logo, o limite mínimo para configuração da tipicidade material deverá seguir o parâmetro quantitativo eventualmente considerado de digno de cobrança judicial no respectivo Estado, em respeito ao princípio federativo.

17) O desenvolvimento do sistema financeiro nacional, aliado à proximidade com países que figuram entre os maiores produtores-exportadores de entorpecentes e ao descontrole sobre as extensas fronteiras do país são fatores que fazem do Brasil um importante entreposto de circulação e lavagem de ativos oriundos do narcotráfico. Além disso, os recentes episódios delitivos revelados no julgamento da pela Ação Penal n. 470/2005 (caso Mensalão) e os possíveis novos capítulos da assim chamada Operação Lava-Jato trazem a lume o importante papel das instituições financeiras na circulação de tanto dinheiro de origem maculada, o que justifica a atualidade da temática eleita como objeto desta pesquisa acadêmica, bem como enfatiza a legitimidade da tipificação e efetiva persecução penal a esse respeito;

18) Advinda da ideia de alinhamento ao ordenamento jurídico (estado de cumprimento), a noção de programa de *compliance* ou programa de cumprimento normativo constitui uma espécie da estratégia-gênero denominada de autorregulação regulada e, em sua face criminal (*criminal compliance program*), consubstancia um conjunto de providências organizacionais adotadas pela instituição empresarial com o fim de eliminação de estruturas crimógenas e mitigação de riscos penais relacionados à respectiva atividade corporativa;

19) A fim de evitar o estabelecimento de programas de *compliance* cosméticos ou de fachada, são estabelecidos requisitos para sua eficácia penal, figurando, entre eles, a adoção de um código escrito de conduta e ética que contenha normas claras sobre o controle dos riscos ligados à corporação, em especial, no tocante à distribuição individual de competências e responsabilidades relacionados à fiscalização da legalidade da atividade econômico-empresarial desenvolvida;

20) A imposição de deveres de colaboração antilavagem a instituições financeiras é fundamentada, legitimamente, no princípio geral do Direito concernente ao dever de não prejudicar terceiros (*neminem laedere*), no princípio da função social da propriedade (artigo 170, III da CR/88), no princípio da função social da empresa (artigos 421 e 1.228, § 1º, ambos do CC ; artigos 116, p. único e 154 , ambos da Lei n. 6.404/1976 e artigo 47 da n. 11.101/2005) e nos deveres gerais de solidariedade (artigo 192 da CR/88 c/c artigo 32, 2 do Pacto de São José da Costa Rica) e de contribuição para a segurança coletiva (artigo 192 da CR/88). Em juízo de ponderação, as objeções à imposição de colaboração antilavagem para instituições financeiras (ex.: translação do dever estatal de investigar; vulneração da privacidade e restrição à liberdade de exercício profissional) não prevalecem sobre os valores supracitados;

21) Os principais deveres de colaboração antilavagem que cabem às instituições financeiras são: (1) dever de identificação do cliente; (2) dever de conservar o registro das operações; (3) dever de comunicar operações suspeitas (definidas no artigo 1º da Carta Circular BACEN n. 3.542/2012); (4) dever de manter sigilo face ao cliente sobre a comunicação efetuada e, em especial, (5) dever de instituir um

programa de *compliance* (políticas, procedimentos e controles internos) para fins de fiscalização da observância dos citados deveres de colaboração antilavagem (artigo 10, III da Lei n. 9.613/98 c/c artigo 1º, parágrafo 2º da Resolução BACEN n. 2.554/98);

22) Os programas de *compliance* de instituições financeiras devem estabelecer, expressamente, a individualização das expectativas de comportamento de todos os membros da empresa e a respectiva discriminação de responsabilidades quanto ao controle dos riscos penais e fiscalização do cumprimento dos deveres antilavagem normativamente estabelecidos;

23) O regime de consequências administrativas previsto legalmente para a hipótese de descumprimento das tarefas antilavagem é insuficiente, de per si, em termos sancionatórios e preventivos, tornando a alternativa penal não somente útil, mas necessária nesse campo;

24) Em relação às instituições financeiras, o estabelecimento pelo legislador da possibilidade de sua responsabilização criminal pela prática do delito de lavagem de ativos, nos termos do que permite o artigo 173, parágrafo 5º da CR/88, contribuiria para fomentar esforços de identificação e responsabilização dos indivíduos diretamente implicados em operações de lavagem de ativos, além de estimular o realinhamento da pessoa jurídica ao ordenamento penal, prevenindo a ocorrência de novos delitos. Assim sendo, propõe-se a alteração da redação da Lei n. 9.613/1998 para o fim de acrescentar o seguinte:

> Lavagem de ativos praticada por instituição financeira
>
> Artigo 1º - A. A instituição financeira é responsável pelos crimes previstos nesta Lei quando cometidos por seus prepostos, representantes legais e administradores, no exercício da atividade econômica desempenhada pela entidade e em seu interesse ou benefício.
>
> § 1º. O disposto no artigo 1º - A desta Lei observará os conceitos fixados, respectivamente, nos artigos 1º e 25 da Lei n. 7.492/1986.
>
> Circunstâncias atenuantes
>
> § 2º. São circunstâncias que atenuam a pena aplicável à instituição financeira:
>
> a) A celeridade da comunicação do fato criminoso às autoridades estatais;

b) A colaboração com as autoridades estatais no sentido do fornecimento integral das provas disponíveis e da identificação individual dos funcionários e dirigentes responsáveis pelo crime;

c) A reparação dos danos causados pelo delito;

d) A adoção, posterior ao fato criminoso e anterior ao recebimento da denúncia, de medidas eficazes de reorganização e controle interno para prevenir novos delitos.

Do Regime Sancionatório

§ 3º. As penas aplicáveis à instituição financeira observarão, no que couber, o regime previsto no artigo 21 da Lei n. 9.605/1998, podendo o juiz fixar a pena de multa superando o limite previsto no artigo 49, § 1º do Código Penal até o valor correspondente a 100 (cem) vezes a quantia que se pretendia ocultar ou dissimular por meio do crime, bem como determinar a publicação da parte dispositiva da sentença condenatória em jornais de grande circulação, às custas da apenada.

§ 4º. Na fixação da natureza e da dosimetria das penas aplicáveis à instituição financeira pelos crimes previstos nesta Lei, serão observados os seguintes critérios:

a) o montante de bens, direitos e valores envolvidos no crime;
b) a capacidade econômica da instituição financeira;
c) o grau de acatamento institucional das normas legais e regulamentares pertinentes à prevenção e à repressão de delitos previstos nesta Lei.

Autonomia da responsabilidade penal da instituição financeira

§ 5º. A responsabilidade penal da instituição financeira é autônoma em relação às consequências cíveis e administrativas derivadas do crime, independendo também do indiciamento, processamento ou punição criminal das pessoas físicas que figurarem como autoras, coautoras ou partícipes do crime.

25) Em relação aos dirigentes de instituições financeiras, sua eventual omissão quanto ao estabelecimento de um programa de *compliance* possibilitará sua responsabilização penal caso algum evento concreto de lavagem de ativos venha a se concretizar por meio dos serviços prestados pela entidade, o que se dará com base no artigo 13, parágrafo 2º, ´a´ do CP. Nesses termos, o dirigente de instituição financeira é garantidor da não ocorrência de delitos praticados por subordinados por meio da atividade corporativa e se exonera pela implantação de um programa de *compliance* eficaz. A posição de garantidor do dirigente é assentada em seu poder-dever pessoal de organização da pessoa jurídica de forma alinhada ao ordenamento jurídico;

26) Em caso de decisão colegiada no sentido da prática criminosa, não é admissível a consagração de punição por delito colegial, imputação penal solidária ou qualquer outra conclusão que induza à responsabilização penal objetiva;

27) O dirigente não se exonera da responsabilidade penal tão somente por manifestar voto contrário à decisão majoritária ilegal, por se abster de votar ou mesmo por faltar à respectiva assembleia. Enquanto estiver compartilhando do exercício do poder de comando empresarial, o dirigente tem o dever de interar-se das decisões do colegiado que integra, caso não esteja presente, e, no cumprimento de seu dever de garante, deve se valer de todos os meios jurídicos possíveis (administrativos, legais e, inclusive, judiciais) para impedir a concretização do resultado penalmente proscrito. Não se trata, por conseguinte, de responder por comportamento ilícito de terceiros, mas sim de responder por omissão quanto ao descumprimento de dever inerente à posição de garante que lhe incumbe pessoalmente;

28) A posição de garante do dirigente corporativo pode ser delegada a terceiro (*compliance officer*, oficial ou diretor de cumprimento) sob as seguintes condições de oponibilidade penal: aceitação expressa e voluntária pelo delegatário; fixação formal dos limites e condições da delegação; habilitação técnica do delegatário para cumprir a função e disponibilização de condições suficientes para exercício da função;

29) A delegação da função de controle do cumprimento normativo produz efeito penal duplo: cria para o delegatário o dever de garante no sentido de evitar diretamente a ocorrência do resultado penalmente proscrito e transforma o dever original de garante do agente delegante, que, embora se exonere da fiscalização direta dos riscos envolvidos na atividade corporativa, continuará responsável pela supervisão do delegatário, bem como pela disponibilização dos recursos necessários ao exercício da função delegada;

30) O diretor de cumprimento normativo (a ser obrigatoriamente indicado pela instituição financeira, por força do artigo 18 da Circular BACEN n. 3.461/2009) tem o dever de garantir o efetivo cumprimento dos deveres normativos antilavagem normativamente impostos e, em especial, a comunicação de operações suspeitas ao COAF, sob pena de responsabilização penal em caso de concretização do crime de lavagem de ativos decorrente de sua omissão;

31) Os funcionários de instituições financeiras, ainda que subordinados ou intermediários na estrutura hierárquica, mas que atuem na gestão ou transmissão do patrimônio de clientes, têm o dever de informar ao órgão interno responsável sobre eventuais fatos ou negócios jurídicos tipificados na normativa antilavagem que lhes cheguem ao conhecimento. Dentro desse limite, tais profissionais também ocupam posições de garantidores da evitação de riscos penais;

32) Na ausência de dados objetivos que caracterizem a colaboração para a prática do crime de lavagem de ativos, é inadmissível a responsabilização penal de membros ou da própria instituição financeira quando cumpridos, integralmente, os deveres antilavagem discriminados na legislação, na normativa do Banco Central e no respectivo programa de *compliance* da entidade, ainda que o resultado penalmente proibido (crime de lavagem de ativos) venha a se concretizar em favor de terceiros;

33) Quanto ao crime de lavagem de ativos, o dolo abrange atualmente duas possibilidades: punição a título de dolo direto, hipótese na qual o agente tem o conhecimento de que os bens são provenientes de infrações penais, e a punição a título de dolo eventual, quando, mesmo ciente da alta probabilidade de incidência dessa circunstância, o agente mantém postura indiferente, assumindo o risco de ocorrência do resultado delitivo. Nesse último caso, a punição ocorrerá com base no artigo 18, I do CP, sendo desnecessário o recurso à teoria da cegueira deliberada para fundamentar a imputação;

34) Com a finalidade gerar maior segurança jurídica e proporcionalidade, bem como ampliar as possibilidades de individualização da imputação e sancionamento adequado da conduta criminosa concretamente ostentada, propõe-se, *de lege ferenda*, a alteração da redação da Lei n. 9.613/1998 nos seguintes termos:

> Lavagem de ativos com causa de diminuição de pena
>
> Artigo 1º - B. O empregado, representante legal ou administrador de instituição financeira que colaborar com terceiro para a prática dos crimes previstos nesta Lei, mesmo sabendo ou devendo saber da alta probabilidade da procedência ilegal dos bens, direitos e valores movimentados por meio de sua atividade profissional ou, ainda, evitando o conhecimento

> efetivo desta circunstância, incorrerá nas penas previstas no artigo 1º desta Lei, diminuídas de 1/6 a 1/3.
>
> § 1º. A observância dos deveres dispostos no artigo 10 e 11 desta Lei, bem como das respectivas normas administrativas setoriais reguladoras de deveres de colaboração na prevenção aos crimes previstos nesta Lei, orientará a interpretação e aplicação do disposto no artigo 1º - B.
>
> Lavagem de ativos culposa
>
> § 2º. Se algum dos agentes referidos no artigo 1º - B contribuir culposamente para a prática dos crimes previstos nesta Lei incorrerá nas seguintes penas:
>
> Reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

35) Em que pese se mostrar compatível com o ordenamento legislativo vigente no Brasil, a teoria do domínio do fato por meio de aparato organizado de poder mostra-se inadequada para fundamentar a autorida mediata no contexto da criminalidade econômico-empresarial, em que pese sua equivocada invocação pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal n. 470/2005). Responsabilizar o chamado homem de trás (no caso: o dirigente de pessoa jurídica), a título de autoria mediata em delitos cometidos por meio da atividade empresarial, sempre foi e continua sendo possível por simples aplicação conjugada do disposto nos artigos 13 e 29 do CP;

36) Por suas deficiências em termos de precisão e segurança, a teoria da adequação social e sua vertente referente à adequação profissional podem, no máximo, funcionar como princípios gerais interpretativos, sem ostentar, portanto, o condão de revogar ou afastar, de per si, a aplicabilidade de normas penais incriminadoras;

37) Com base nos ensinamentos da teoria da imputação objetiva, mais especificamente, quanto ao critério do risco permitido, pode-se afirmar que a observância do padrão comportamental normativamente estabelecido em relação à determinada categoria profissional (seja por força das normas legais, regulatórias ou constantes do programa de cumprimento normativo) é um ponto de partida relevante para a valoração da eventual colaboração criminal da prestação de serviços, o que reforça a influência dos fenômenos da autorregulação regulada e do *criminal*

compliance quanto ao delineamento da imputação penal individual no âmbito empresarial.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero em la normativa internacional:* especial referencia a los aspectos penales. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – considerações sobre a APN 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB.* V. 2. Ano 2. Dezembro/2014, p. 139. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2826/2447>. Acesso em: 31dez.2016.

ALLDRIDGE, Peter. The moral limits of the crime of money laundering. *Buffalo Criminal Law Review.* V. 5. N. 1. California: University of California Press, april/2001, p. 279/319 (42 p.). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nlcr.2001.5.1.279>. Acesso em: 29dez.2016.

ALLER, German. *Criminalidad del poder económico*. Ciencia y praxis. Buenos Aires: B de F, 2011.

ALMEIDA, Monica Arruda de; FARIAS, Maria Elisa. Does Saying 'Yes' to Capital Inflows Necessarily Mean Good Business? The Effect of Antimoney Laundering Regulations in the Latin American and the Caribbean Economies. *Economics & Politics.* V. 31. Março/2014, p. 96/127. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382312##>. Acesso em: 05jan.2017.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal.* Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

_____. *Sobre la "organización" em el domínio de la organización*. Barcelona: julho/2011, 25 p. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>. Acesso em: 10nov.2015.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa:* fundamentos, desenvolvimento e tendências. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANSELMO, Márcio Adriano. *O regime internacional de combate à lavagem de dinheiro*: da jurificação à efetividade. Tese de doutorado. Faculdade de Direito.Universidade de São Paulo. 280f. São Paulo: USP, 2015.

ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 111/135.

_____. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 271/303.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal:* ilícitos penais econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém:* um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones.* 2. ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 27/42.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho Penal económico y constituición. *Revista Penal*. V. 1, N. 1. Barcelona: Praxis, janeiro/1998, p. 1/15.

_____. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 84. São Paulo: RT, maio-junho/2010, p. 49/76.

ASMAT COELLO, Diana Marisela. Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas em la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (Coords.). *Lavado de activos y compliance*: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores, 2015, p. 405/447.

ASSIS, José Carlos de. A idade da cooperação. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia.* Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 53/100.

BACIGALUPO, Enrique. El derecho penal em el ámbito de protección de riesgos de responsabilidad de la empresa y de sus directivos. In: *Compliance y Derecho Penal.* Pamplona: Editorial Arazandi, 2011, p. 21/44.

_____. Código de buen gobierno y responsabilidad penal de los administradores sociales. In: *Compliance y Derecho Penal.* Pamplona: Editorial Arazandi, 2011, p. 45/60.

_____. La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance. In: *Compliance y Derecho Penal.* Pamplona: Editorial Arazandi, 2011, p. 79/106.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; SÁNCHEZ-VERA Gómez-TRELLES, Javier. *Cuestiones prácticas em el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial.* Barcelona: Edicciones Experiencia, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGUESE, Silvina. *Derecho penal económico.* 2. ed. Madrid: Ramón Aceres, 2010.

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

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços.* 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa:* a responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:* com comentários, artigo por artigo, à Lei n. 9.613/98. São Paulo: RT, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Bem, justiça e tolerância. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 26.06.2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/06/1301377-luis-roberto-barroso-bem-justica-e-tolerancia.shtml>. Acesso em: 27jun.2016.

_____. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 14.11.2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832033-sou-contra-a-operacao-abafa-e-preciso-estar-atento-diz-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 20jan.2017.

BARTHOLO, Roberto; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Quando um banco não é um banco? Instituições econômicas e a crise de 2008. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia.* Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 101/137.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização:* as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEARE, Margaret E.; SCHNEIDER, Stephen. *Money laundering in Canada.* Chasing dirty and dangerous dollars. Toronto: University of Toronto Press, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *O que é globalização:* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

_____. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra mondernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary S. *Crime and punishment*: an economic approach. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 25nov.2016.

_____. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. The *Journal of Political Economy*. V. 101. N. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BENTHAN, Jeremy. *Teoria das penas legais.* Campinas: Bookseller, 2002.

BEEKARRY, Navin. The International Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Regulatory Strategy: A Critical Analysis of Compliance Determinants in International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business.* V. 31, 2011, p. 137/194.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-collar crime:* an opportunity perspective. New York: Taylor & Francis, 2009.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 13/28.

BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias punitivas e legitimação.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. V. I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLACK, William K. *The best way to rob a bank is to own one*: how corporate executives and politicians looted the S&L Industry. Texas: University of Texas Press, 2005.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales.* Estudio en particular de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Granada: Editorial Comares, 1999.

_____. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore.* N. 23. Dezembro/2009, p. 117/138. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>. Acesso em: 07jan.2017.

_____. *El delito de blanqueo de capitales.* 3. ed. Pamplona: Arazandi, 2012.

_____. Princípios y Recomendaciones Internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos substantivos. In: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*: edición especial para el Perú.* 3. ed. Washington: Organización de los Estados Americanos, p. 91/201.

BLANCO LONZANO, Carlos. Dogmática, Política Criminal y Criminología en el sistema de Derecho Penal. *Cuadernos de Política Criminal.* Segunda época, n. 86. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005, p. 05/29.

BLUMEMBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implemantación de programas de cumplimiento normativo. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Orgs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance:* Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 273/300.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOSWORTH-DAVIES, R. The influence of Christian moral ideology in the development of anti-money laundering compliance in the west and its impact, post 9-11, upon the South Asian Market: An independent evaluation of modern phenomenon. *Journal of Money Laundering Control.* V. 11, 2008, p. 179/192.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.* São Paulo: RT, 2007.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 85, Julho, 2010, p. 267/291.

_____. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais.* V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 383/397.

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Direito penal e economia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 147/175.

BOTTKE, Winfried. Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados em la empresa económica. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.* Barcelona: Bosch, 1996, p. 129/197.

BRAITHWAITE, John. Challenging just deserts: punishing white-collar criminals. *Journal of Criminal Law & Criminology.* V. 73, n. 2. North Western School of Law, 1982, p. 723/763. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6311&context=jclc>. Acesso em: 22jun.2016.

_____; FISSE, Brent. Self-regulation and the control of corporate crime. In: SHEARING, Cliford D.; STENNING, Philip C. (Coords.). *Private Policing.* Criminal Justice System Anuals. V. 23. California: Sage Publications, 1987, p. 221/246.

BRAZ, Manuel Poirier. *Sociedades offshores e paraísos fiscais.* 2. ed. Lisboa: Petrony Editora, 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Crise e recuperação da confiança. *Revista de Economia Política.* V. 29. N. 1. São Paulo: janeiro-março/2009, p. 136/137. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-15720090001000008&script=sci_arttext>. Acesso em: 12maio.2015.

BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva*: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas 2015.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César et al (Coords.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59/94.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

_____. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*. V. 815. São Paulo: RT, setembro/2003, p. 464/475.

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

_____. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. In: *Garantismo penal integral:* questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 341/360.

_____; SCHEID, Carlos Eduardo. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Orgs.). *Lavagem de Dinheiro.* São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 17/45.

_____; WEDY, Miguel Tedesco. *Lavagem de dinheiro.* São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

_____. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais.* V. 933. São Paulo: RT, julho/2013, p. 111/227.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo:* o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015, p. 117/124.

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

CAPDEVILLE, Jérôme Lasserre. *La lutte contre le blanchiment d´argent.* Paris: L´Harmattan, 2006.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro:* ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel; CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e Funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53/58.

CAPPELLARI, Álisson dos Santos. *Controle penal das movimentações financeiras:* o dever de informar versus direito à privacidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lavagem de dinheiro.* São Paulo: Liber Ars, 2015.

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

CASTALDO, Andrea R.; NADDEO, Marco. *Il denaro sporco:* prevenzione e represione nella lotta al riciclaggio. Milano: CEDAM, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede.* V. I. 8. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional.* Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CEVALLOS Y TORRES, José Fernández de. *Blanqueo de capitales y principio da lesividad.* Salamanca: Ratio Legis, 2014.

COHAN, J. A. "I didn´t know" and "I was only doing my job": has corporate governance careened out of control? A case study of Enron´s information myopia. *Journal of Business Ethics*. V. 40, 2002, p. 275/299.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar Coimbra; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance.* São Paulo: Atlas, 2010.

COLEMAN, James William. *A elite do crime:* para entender o crime do colarinho branco. 5. ed. São Paulo: Manole, 2005.

COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470*. Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 106. São Paulo: RT, janeiro/2014, p. 215/230.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta juris poenalis)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios de direito penal econômi*co.* In: *Direito Penal Econômico e Europeu:* textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 347/364.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova.* São Paulo: Atlas, 2015.

CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CRUZ, José Neves; MALTEZ, Joana Veríssimo. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras. In: CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita (Coords.). *Infrações econômicas e financeiras: estudos de criminologia e direito.* Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 153/167.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones.* 2. Ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 55/72.

D´ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner et al. (Coords.). *Política Criminal Contemporânea*: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119/136.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito:* do Código penal aos direitos humanos. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMESTRIO CRESPO, Eduardo (Orgs.). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial.* Madrid: Colex, 2010, p. 11/37.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade do sistema financeiro nacional.* Campinas: Millennium, 2003.

_____*. Combate à lavagem de dinheiro:* teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008.

_____. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade empresarial moderna.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Lavagem de dinheiro:* jogos de azar e futebol – análise e proposições. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Lei anticorrupção e lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais.* V. 947. São Paulo: RT, setembro/2014, p. 213/235.

_____*. Delinquência econômica e financeira:* colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal.* Estudios. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *A política criminal na encruzilhada.* Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIMARINO, Frank J.; ROBERSON, Cliff. *An introduction to corporate and white-collar crime.* New York: CRC, 2013.

DOGGART, Caroline. *Paraísos fiscais.* Porto: Vida Econômica, 2003.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico:* contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 223/248,

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo.* Tradução de H. P. de Andrade. São Paulo: Nova Fronteira, 2011.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín. *Criminalidad de empresa:* la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales.* Salamanca: Colex, 1998.

_____. La fenomenología de lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bíen jurídico protegido. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; PRADO SALDARRIAGA, Víctor; ZARAGOZA AGUADO, Javier (Orgs.). *Combate ao lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Peru.* 3. ed. Lima: OEA/CICAD/BID, 2013, p. 17/89.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva.* Madrid: Editorial Reus, 2007.

_____. *Cuestiones actuales de derecho penal económico.* Buenos Aires: IBDEF, 2009.

_____. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial.* Barcelona: maio/2009, 74 p. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/627_1.pdf>. Acesso em: 28ago.2016.

_____. Problemas de imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. In: *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial.* SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMESTRIO CRESPO, Eduardo. Madrid: Colex, 2010, p. 63/83.

_____. Crises económicas y derecho penal: responsabilidade de intermediários financieros por la comercialización de produtos de terceiros, incremento de insolvencias y de la conflictividade social. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 11/62.

_____. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades.* V. 9. São Paulo: IBCCRIM, janeiro-abril/2012, p. 26/57.

_____. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones.* 2. Ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 197/248.

_____. *La teoria de la ignorância deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial.* Barcelona: julho/2015, 28 p. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>. Acesso em: 28ago.2016.

FELDENS, Luciano. Crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária como antecedentes de lavagem de dinheiro. *Anais do Seminário Internacional sobre cooperação judiciária e combate à lavagem de dinheiro.* Brasília: AJUFE, 2002, p. 143/150.

_____; DIETTRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 45/60.

_____; ARAUJO, Marcelo Azambuja. Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195/212.

FERRARI FILHO, Fernando; PAULA, Luiz Fernando de. A crise das finanças desregulamentadas: o que fazer? *Revista de Economia Política.* V. 29, n. 1. São Paulo: janeiro-março/2009, p. 142/144. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010131572009000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 12maio.2015.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal:* panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manoel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: *Direito penal econômico e europeu:* textos doutrinários. V. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 319/346.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: D´ÁVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Orgs.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006, p. 13/70.

_____. *Direito penal: parte geral:* tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 33. São Paulo: janeiro/2001, 25 p. Disponível em: <http://www.fdv.br/arquivo/uploads/ecxrokuipm.pdf>. Acesso em: 23jul.2015.

FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro*: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 17/44.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 2000, p. 235/277.

_____. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 103. São Paulo: RT, julho/2013, p. 131/153.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre o direito penal anglo-americano. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano IV. N. 14. Julho-setembro/1966, p. 105/139.

_____. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios.* 7 p. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>. Acesso em: 12dez.2015.

_____. Crimes Omissivos. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* V. 33. Rio de Janeiro: janeiro-junho/1982, 8 p. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo29.pdf>. Acesso em: 14jun.2016.

FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Reponsabilidad penal en el âmbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.* Barcelona: Bosch, 1996, p. 99/127.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad econômica. *Revista Penal*. N. 07. Barcelona: Praxis, 1997, p. 55/66.

FOUMDJEM, Célestin. *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale.* L´Harmattan, 2012.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política:* dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Tradução de Nivaldo Montingelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

GAYRAUD, Jean-François. *Le nouveau capitalism criminel:* crises financières, narcobanques, trading de haute fréquence. Paris: Odile Jacob, 2014.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso*.* Tradução de Sérgio Franco. 7. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Criminal Compliance y Proceso Penal: reflexiones iniciales. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Orgs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 195/229.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Parte General. Tomo I. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

_____. La imputación penal a la empresa en y desde la empresa el pensamiento jurídico-penal del Profesor Jesús-María Silva Sánchez*.* In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Orgs.). *La crisis de Derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Atelier, 2010, p. 150/164.

GARCÍA MAGNA, Deborah; ISABEL CEREZO, Isabel. *Tratamiento del blanqueo de capitales por la prensa escrita*: análisis descriptivo y valorativo. 26 p*.* Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-06.pdf>. Acesso em: 08jan.2017.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 205/230.

GARCÍA NORIEGA, Antonio. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales:* cómo se lava el dinero. Como se combate el lavado. 3. ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2014.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tratado de Criminología.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GARRET, Brandon L. *Too big to fail:* how prosecutors compromise with corporations. London: Harvard University Press, 2014.

GEIS, Gilbert. Upperworld Crime*.* In: BLUMBERG, A. S. (Ed.). *Current Perspectives on Criminal Behavior*: original essays on criminology. New York: Knopf, 1974, p. 114/137.

_____; DIMENTO, Joseph. Should we prosecute corporations an/or individuals. In: FRANK, Pearce; LAUREEN, Snider (Coords). *Corporate crime*: contemporary debates. Toronto: University of Toronto Press, 1995, p. 73/86.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. *Os crimes econômicos e sua regulamentação pelo sistema financeiro nacional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *Mundo em descontrole*: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GILMORE, Wiliam C. Money Laundering: the international aspect. In: *Money Laundering.* Hume Papers on Public Policy. V. I. N. 2. Edinburg: Edinburg University Press, 1993, p. 01/11.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene um futuro la dogmática jurídico-penal?* 15 p. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf>. Acesso em: 08nov.2015.

_____. *O futuro do direito penal*: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004,

GIORDANI, Mário Curtis. *História do Direito Penal entre os povos antigos do oriente próximo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais:* introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Abel. *A obrigação de comunicar operações suspeitas. Revista da AJUFE*. V. 21. Brasília: 2004, p. 39/52.

GOMES, Laurentino. *1808:* como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 166/174.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. In: *El derecho penal económico en la era compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 165/189.

GONZÁLEZ FRANCO, J.A.; SCHEMMEL, A.; BLUMEMBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 155/163.

GORDON, Steven D. *Implementation of effective compliance and ethics programs and the Federal Sentencing Guidelines.* 30 p. Disponível em: <http://www.pli.edu/public/booksamples/26962_sample2.pdf>. Acesso em: 21jul.2016.

GUARANI, Fábio André. O princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.). *Compliance e direito penal.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 70/93.

GORDON, Steven D. *Implementation of effective compliance and ethics programs and the Federal Sentencing Guidelines.* Disponível em: <http://www.pli.edu/public/booksamples/26962_sample2.pdf>. Acesso em: 21jul.2016.

GOTTSCHALK, Petter. Executive positions involved in white-collar crime*. Journal of Money Laundering Control.* V. 14. N. 4. London: Henry Stewart Publications, 2011, p. 103/122.

_____. *Policing white-collar crime:* characteristics of white-collar criminals*.* New York: CRC Press, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. El derecho penal ante la globalización económica. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 63/85.

_____. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado Social y Democrático de Derecho. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: IBDEF, 2014, p. 339/379.

GRAU, Eros Roberto. Reformas Constitucionais e a identidade da constituição econômica. In: *15 anos de Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 182/187.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras:* a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* N. 58. Ano 14. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2006, p. 152/194.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. V. 933. São Paulo: RT, julho/2013.

_____; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domíno do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81/122.

_____; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47/80.

_____; LEITE, Alaor. *A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador*: autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012). 23 p. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/Alaor.pdf>. Acesso em: 09dez.2015.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA , José de Faria; SILVA , Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.147/169.

GREEN, Gary S. *Occupational Crime.* Washington: Library of Congress, 1990.

GUERRA, Sandra. *A caixa-preta da governança*. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

HAYEK, Friedrich August Von. *Os fundamentos da liberdade.* Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

_____. *O caminho para a servidão.* Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009.

HAYNES, Andrew. The Wolfsberg Principles. *Journal of Money Laundering Control*. V. 7. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2004.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 87. São Paulo: RT, novembro/2010, p. 103/117.

HERNANDEZ VIGUERAS, Juan. *Al rescate de los paraísos fiscales*: la cortina de humo del G-20. Barcelona, Icaria, 2009.

HOPTON, Doug. Washing for a price: exposure of the financial services system. *Journal of Money Laundering Control*. V. 3. N. 2. London: Henry Stewart Publications, 1999, p. 113/115.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

JAKOBS, Gunter. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Nereu José Giacomoli. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e Funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31/52.

_____. *Crítica à teoria do domínio do fato.* Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando*: uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Um tema da criminalidade econômica: a posição de garante do dirigente de pessoa jurídica no Direito Penal brasileiro. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). *Direito Penal no Tercerio Milênio*: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 295/317.

_____. O papel do direito penal no século XXI. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena.* São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____; CHOUKR, Fauzi Hassan. Financiamento do terrorismo e legislação brasileira. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. V. I. N. 21. Brasília: CNPCP, 2008, p. 49/82.

_____. Reformas do Processo Penal no mundo e a proteção dos direitos humanos. In: DINIZ, João Janguiê Bezerra; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; RIBEIRO, Marcelo. *Estado Democrático de Direito, acesso à justiça e globalização excludente.* Brasília: Gomes e Oliveira, 2015, p. 67/78.

_____; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura crimógena à cultura do compliance. *Revista Quaestio Iuris*. V. 10. N. 2. Rio de Janeiro: 2017, p. 1031/1051. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28342/20495. Acesso em: 24maio.2017.

JEREZ, Olivier. *Le blanchiment de l´argent.* 2. ed. Paris: Revue Banque, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Las tendencias actuales del Derecho y las Legislaciones Penales.* El Criminalista. 2ª serie. Tomo VI. Buenos Aires, 1964.

JOBIM, Nelson. A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos*. Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 13/20.

KAISER, Günter. *Introducción a la criminologia*. 7. ed. Tradução de José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Editorial Dykinson, 1988.

KAPPEL, Mariana Pacini de Andrade. Operações suspeitas: o dever de comunicação e a responsabilização do gerente de instituição financeira pelo delito de lavagem de dinheiro. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Direito Penal Econômico e Empresarial*: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 287/310.

KOHN, Stephen Martin. *The whistleblower´s handbook:* a step-by-step guide to doing what´s right and protecting yourself. Guilford/Connecticut: Lyons, 2011.

KUHLEN, Lothar. Compliance y Derecho Penal em Alemania. In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (Dirs.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 89/125.

_____. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 51/76.

YOUNG, Mary Alice. The exploitation of offshore financial centres: banking confidentiality and money laundering. *Journal of Money Laundering Control*. V. 1. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2013, p. 198/208.

KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Malheiros, 1994, p. 144/155.

LANGEVOORT, D. C. Organized illusions: a behavioral theory of why corporations mislead stock market investors (and cause other social harms). *University of Pensylvannia Law Review.* V. 146, 1997, p. 101/172.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsaiblidad penal del oficial de cumplimiento). In: HORAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente. *Responsabilidad de la empresa y compliance*: Programas de prevención detección y reacción penal. Madrid: IBDEF, 2014, p. 301/336.

_____. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 271/303.

LAUFER, William S. Ilusões de compliance e governança. In: SAAD-DINIZ; Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Tendências em governança corporativa e compliance.* São Paulo: Liber Ars, 2016, p. 13/27.

LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços.* Elsevier: Rio de Janeiro, 2011.

LEVY, Steven Mark. *Federal money laundering regulation:* banking, corporate & securities compliance. 2. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123/168.

LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro:* negócios ilícitos transformados em atividades legais. Tradução de Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

LIMA, Vinicius de Melo. *Lavagem de dinheiro & ações neutras:* critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão.* Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 03jan.2017.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras.* Curitiba: Juruá, 2010.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LONGMAN DICTIONARY OF CONTEMPORARY ENGLISH. 2. ed. London: Longman, 1991.

LOZANO VILA, Alberto. El perfil financiero: una estrategia para detectar el lavado de activo. *Revista Criminalidad.* V. 50. N. 2. Bogotá: novembro/2008, p. 43/55.

LUCAS, Flávio Oliveira. *A responsabilidade penal na criminalidade empresarial*: em especial sob a ótica da posição de garante do dirigente da pessoa jurídica. Dissertação de Mestrado. 204 f. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, março/2008.

MACEDO, Amilcar Fagundes Freitas. O crime de lavagem de dinheiro – algumas reflexões. *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, março/2008, p. 09/22.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Edesp, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. O que fazer depois da crise. In: COSENZA, Carlos Alberto; DORIA, Francisco Antonio (Orgs.). *Crise na economia*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 31/51.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*. V. 17. N. 64. Rio de Janeiro: EMERJ, janeiro-abril/2014, p. 164/186.

_____. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. V. 17. N. 29. Rio de Janeiro: dezembro/2010, p. 185/199.

_____. Governança global, governança corporativa e *criminal compliance*: entre conceitos, aspectos históricos e desafios contemporâneos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); VOLPON, Fernanda Torres (Col.). *Governança Global.* V. I. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 188/202.

MAIA, Rodolfo Tigre. Algumas reflexões sobre o crime organizado e a lavagem de dinheiro. *Revista da AJURIS.* Ed. Especial. Porto Alegre: AJURIS, julho/1999, p. 181-192.

_____. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime):* anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Tutela penal da ordem econômica:* o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANDELA, Nelson. *Conversas que tive comigo.* Tradução de Ângela Lobo de Andrade; Nivaldo Montingelli e Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

MAILLARD, Jean de. *Crimes e Leis.* Tradução de Olímpio Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

MARIA COSTA, Antonio. *Jornal El País*. Madrid, 22.02.2009. Disponível em: <http://internacional.elpais.com/internacional/2009/03/08/actualidad/1236466808_850215.html>. Acesso em: 10jul.2013.

MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos e al (Coords.). *Estudios Penales em homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1173/1199.

MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals:* from Enron to Reform. New York: M. E. Sharpe, 2006.

MARQUES, Daniela de Freita. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido.* Porto Alegre: 2008.

MARTELLO, Orlando. Após ano mais produtivo, Lava Jato mira em bancos em 2017 para evitar crimes. *Uol Notícias.* 29.12.2016. Entrevista concedida a Nathan Lopes e Flávio Costa. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/29/lava-jato-encerra-seu-ano-mais-produtivo-mirando-bancos-para-evitar-crimes.htm>. Acesso em: 20.05.2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*: limites da intervenção do Estado da liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Liber Ars, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César et al (Coords.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23/58.

MASTERS, John L. Fraud and money laundering: the envolving criminalization of corporate non-compliance. *Journal of Money Laundering Control.* V. 11, n. 2. London: Henry Stewart Publications, 2008, p. 103/122.

MAZUR, Robert. *O infiltrado.* Tradução de Christian Schwartz e Liliana Negrello. Curitiba: Nossa Cultura, 2010.

_____. Institutional will – the organized crime remedy. *Journal of Money Laundering Control*. V. 15. N. n. 2. London: Henry Stewart Publications, 2012, p. 162/174.

MILLARD, George Henry. Brazil: money laundering. *Journal of Money Laundering Control*. V. 2. N. 4. London: Henry Stewart Publications, 1998, p. 365/371.

MIR PUIG, Santiago; BREIER, Ricardo. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, V. 56, setembro/2005, p. 173/193.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando ¿Que se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre um bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" em el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales.* Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 21/66.

MONET, Jean Claude. *Polícias e sociedades na Europa.* São Paulo: Edusp, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Deomar de. Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro*. Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 95/103.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 211/222.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *O Estado do Futuro.* São Paulo: Pioneira, 1998, p. 45/74.

MORO, Sérgio Fernando*. Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010.

MORRIS, Stanley E. Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros – experiência americana. *Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro.* V. 17. Brasília: CJF, 2000, p. 37/43.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 138/144.

MÜLLER-STUDER, Luka. The function of self-regulating organizations in the Swiss Money Laundering Control Scheme. *Journal of Money Laundering Control*. V. 7. N. 1. London: Henry Stewart Publications, 2003, p. 69/74.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtud de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculados del Derecho”? *Revista Penal*. N. 6. 12 p. (104-114). Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>. Acesso em: 01jan.2016.

_____. Problemas de autoria y participación em el derecho penal econômico, o ¿cómo imputar título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el âmbito de la delincuência econômica empresarial? *Revista Penal*. N. 09. Barcelona: Praxis, janeiro/2002, p. 59/98.

_____. El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo. In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). In: *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2010 y la justification de su castigo en la sociedad de la información avanzada, celebrado en Santiago de Compostela en julio de 2012)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 375/376.

MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa*: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Barcelona: outubro, 2006, 17 p. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>. Acesso em: 15set.2016.

MUSACCHIO, Vincenzo. Derecho penal económico, crimindalidad organizada y Union Europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 60. São Paulo: RT, maio-junho/2006, p. 208/222.

NEGRINI, Pedro Paulo; AULER, Marcelo; LOMBARDI, Renato. *Enjaulados*: presídios, prisioneiros, gangues e comandos. Rio de Janeiro: Gryphos, 2008.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 45/64.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 131/157.

_____. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191/210.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 21/50.

_____. Regulatory capitalism y cumplimiento normativo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 08/29.

_____. *La responsabilidad de las personas jurídicas*: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal>. 36 p. Acesso em: 28set.2015,

_____. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 25/48.

_____. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de Cumplimento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 50/110.

_____. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal econômico? *Revista Penal*. N. 19, 2007, p. 120/136. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/309>. Acesso em: 14maio.2016.

_____; GARCÍA MORENO, Beatriz. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: uma visión desde el Derecho comparado y europeo. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN Adán (Dirs.). *Autorregulación y sanciones.* 2. Ed. Pamplona: Editorial Arazandi, 2015, p. 167/196.

NORGREN, Claes. The Control of Risks Associated with Crime. *Journal of Money Laundering Control.* V. 7. N. 3. London: Henry Stewart Publications, 2004, p. 201/206.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveria. *Defesa da concorrência e globalização econômica*: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 111/132.

PABLO ESCOBAR, Juan. *Pablo Escobar*: meu pai. Tradução de Miguel Del Castillo e Bruno Matos. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2015.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 52. Ano 13. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2005, p. 09/52.

PEILLON, Vicent; MONTEBOURG, Arnaud. *Un combat de façade.* Paris: Les Arénes, 2001.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro e o tratamento penal do "pitufeo" ou "smurfing". *Boletim do IBCCRIM*. N. 144. São Paulo: IBCRIM, novembro/2004, p. 10/11.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. N. 09, 2002, 16 p. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/131/126>. Acesso em: 09nov.2015.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abocacía y la tipicidade del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales.* Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 169/206.

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

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 1973.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. *Lavagem de capitais e delitos omissivos*: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance. Curitiba: Juruá, 2015.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003.

PHILIPPSOHN, Steve. The dangers of new technology – Laundering on the internet. *Journal of Money Laundering Control*. V. 5. N. 2. London: Henry Stewart Publications, 2001, p. 87/95.

PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso*: como as instituições financeiras facilitam o crime. Tradução de Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Cultrix, 2017.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 24. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1998, p. 209/222.

POWIS, Robert E. *The money launderers*: lessons from the drug wars – how billions of illegal dollars are washed through banks & business. Chicago: Probus, 1992.

POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática*: génesis, desarrollo y costes. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal.* V. I. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; CARVALHO, Érika Mendes. Societas delinquere potest? Desafios e perspectivas da reforma do código penal espanhol. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena.* São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 495/517.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. I. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada y lavado de activos.* Lima: IDEMSA, 2013.

PRENTICE, R. A. Ethical decision making: more needed than good intentions. *Financial Analysts Journal*. V. 63, 2007, p. 17/30.

PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: COLETÂNEA DE CASOS DO GRUPO DE EGMONT. Brasília: Banco do Brasil, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 207/218.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico:* métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013.

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

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1999.

_____. Blanqueo de capitales y negócios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 127/161.

_____. *La ignorância deliberada.* Barcelona: Atelier, 2007.

_____. *Whistleblowing.* Una aproximación desde el Derecho Penal. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

_____. La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica.* Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 287/320.

_____. Los procedimentos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. O papel do direito penal e a crise financeira. In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015, P. 13/16.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 13. São Paulo: RT, janeiro-março/1996, p. 182/190.

_____. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Ano 7. Número 28. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1999, p. 116/129.

RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental:* o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiros.* São Paulo: Trevisan, 2013.

ROBINSON, Jefrey. *A globalização do crime.* Tradução de Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las condutas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido em la intervención em el delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 17/65.

_____. Las "condutas neutrales" en derecho penal: la discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* V. 70. São Paulo: RT, jan./2008, p. 190/218.

_____. El responsable de cumplimiento (´compliance officer´) ante el derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 319/331.

_____. Imputación em la empresa y conductas neutrales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 438/460.

_____. *Estudios de dogmática jurídico-penal*: fundamentos, teorias del delito y derecho penal econômico. Buenos Aires: IBDEF, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem jurídico-penal tributário*: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de derecho penal económico.* Pamplona: Civitas, 2009.

ROEMER, Andrés. *Economía del crimen.* México: Noriega Editores, 2012.

ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal.* São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

ROS, Luciano da. Difícil hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, janeiro-junho/2013, 18 p. Disponível em: < http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/03_rev17_047-064_-_luciano_da_ros.pdf>. Acesso em: 27jan.2017.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSTCH, Thomas. *Criminal Compliance*. Barcelona: janeiro/2012, 11 p. Disponível em: <http://www.indret.com/es/interior.php>. Acesso em: 21jul.2016.

ROXIN, Claus. Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal.* N. 2. Barcelona: Praxis, julho/1998, 5 p. Disponível em: < http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/31/29>. Acesso em: 01jan.2016.

_____. Tem futuro o direito penal? *Revista dos Tribunais*. V. 790. São Paulo: RT, agosto/2001, p. 459/474.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 65. São Paulo: RT, março/2007, p. 09/33.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata. *Revista Penal*. N. 18. Barcelona: Praxis, julho/2006, 7 p. Disponível em: < http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/293/284>. Acesso em: 31dez.2016.

_____. Política criminal e sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Derecho Penal.* Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Civitas, 2014.

_____. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 112. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2015, p. 33/39.

_____. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal.* 9. ed. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; Teixeira, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 112. São Paulo: RT, janeiro-fevereiro/2015, p. 61/76.

RUIZ-FORNELLS, F. Peláez. *Blanqueo de capitales*: análisis econômico. Madrid: Delta Publicaciones, 2014

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

SAAD-DINIZ, Eduardo. Efeitos penais do non-compliance na ação penal n. 470. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal n. 470, junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, p. 95/96.

_____. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? In: SAADI-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik e SÁ, Ana Luiza de (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 79/88.

_____. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 2. V. 2. N. 2. Dezembro/2014, p. 112/120. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14317/10853>. Acesso em: 20jan.2017.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese*. N. 75. Porto Alegre: Síntese, agosto/2012, p. 23/30.

SABOYA, Keith. *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ ULLED, Emilio Jesús. Blanqueo de capitales em el sector bancario y corrupción. Aspectos prácticos. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Org.). *Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario.* Delitos financieros, fraude y corrupción em Europa. V. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, p. 305/342.

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

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 97. São Paulo: RT, 2012, p. 87/117.

SANTOS, Inês Moreira. Crime de colarinho branco – práticas inconfessáveis. In: FARIA & SILVA, José de; COSTA, Marco Antonio Marques da (Coords). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, 1149/1173.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 42. São Paulo: RT, janeiro/2003, p. 215/224.

_____. *Direito Penal: parte geral.* Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white–collar? In: FARIA & SILVA, José de Faria; COSTA, Marco Antonio Marques da (Coords). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1175/1215.

SAVIANO, Roberto. *Zero zero zero.* Tradução de Federico Carotti et al. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

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

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*. 1988, p. 529/558. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>. Acesso em: 20.01.2017.

_____. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado democrático liberal. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 69/90.

_____. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificuldades relativas a la individualización de la imputación*. 30 p. Disponível em: <https://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>. Acesso em: 09nov.2015.

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

SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1998: primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102. São Paulo: janeiro/dezembro de 2007, p. 889/910.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia.* 1. ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: uma perspectiva del derecho brasileño. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo.* Madrid: Colex, 2010, p. 329/341.

_____. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 349/357.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia do crime*: estudo de casos nas penitenciárias. Disponível em: <www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2007_06.pdf>. Acesso em: 14maio.2016.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NÍETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63/109.

_____; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes na Empirical Survey of German Companies*. Freiburg: Max-Planck-Institut, 2014.

SILVA, Douglas Rodrigues. Compliance e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (behavior economics) – o caso publicidade infantil. In: GUARANI, Fábio André; BUSATO, Paulo César Busato (Coords.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17/36.
SILVA, Ivan Luiz da. *Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta.* Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

_____. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 21. São Paulo: RT, outubro/1998, p. 65/81.

_____. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Eficiência e direito penal.* Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales. In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords). *II Congresso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 131/141.

_____. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 99. São Paulo: RT, 2012, p. 327/353.

_____; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinâmicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 265/286.

_____. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013, p. 79/105.

_____. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa.* Buenos Aires: IBDEF, 2013.

_____. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 31/66.

SILVA, José Manuel Braz da. *Os paraísos fiscais*: casos práticos com empresas portuguesas. Coimbra: Almedina, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: RT, 2006.

_____. *Fundamentos da adequação social em Direito Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Adecuación social y corrupción. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010, p. 301/314.

_____. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, Wiliam Terra de; NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Direito Penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 157/173.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção.* São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito Penal Empresarial*: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

_____. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 121. São Paulo: RT, julho/2016, 8 p. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/121.08.PDF>. Acesso em: 30jun.2017.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

SLYKE, Shanna R. Van; BENSON, Michael; CULLEN, Francis. *The Oxford handbook of white collar crime.* New York: Oxford University Press, 2016.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais.* Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 105-146.

_____. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 105. São Paulo: RT, novembro-dezembro/2013, p. 59/92.

_____. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *Revista de Estudos Criminais*. N. 54. Porto Alegre: PUCRS, julho-setembro/2014, p. 93/121.

_____. Roberto Lyra e o direito penal econômico. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); BÉZE, Patrícia Mothé Glioche (Org.). *Direito Penal*. Coleção UERJ 80 anos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 49/98.

_____. *Programas de compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica.* 217 f. Tese apresentada ao Concurso Público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Penal. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

SULLIVAN, Kevin. *Anti-Money Laundering in a nutshel*l: awareness and compliance for financial personnel and business managers. New York: Apress, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 5. ed. New York: J. B. Lippincott, 1955.

_____. *El delito de cuello blanco.* Tradução de Laura Belloqui. Buenos Aires: IBDEF, 2009.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Estudios sobre derecho penal de la empresa.* Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

_____. Financiarización económica y política criminal. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dirs.). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010, p. 129/152.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos.* São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 11. São Paulo: RT, Julho/1995 p. 21/36.

_____. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

_____. *Manual de Derecho Penal Económico.* Parte general y especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. N. 28. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1999, p. 73/84.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

UNIDADES DE INTELIGENCIA FINACIERA: PANORAMA GENERAL. Washington: International Monetary Fund Publication Services, 2004.

URQUIZO OLAECHEA, José; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el código penal peruano: competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión. In: URQUIZO OLAECHEA, José; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Orgs.). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal*: homenage a Klaus Tiedemann. Lima: Fondo Editorial, 2011, p. 275/326.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada*: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curtiba: Juruá, 2015.

VERNIER, Éric. *Techniques de blanchiment e moyens de lutte.* 3. ed. Paris: Dunod, 2013.

VERVAELE, John. *Delincuencia económica y lavado de activos*: ¿Un nuevo paradigma del sistema penal? 24 p. (27/51). Disponível em: <http://www.researchgate.net/profile/John_Vervaele/publications>. Acesso em: 11jun.2015.

WALD, Arnoldo. Os efeitos e desafios da globalização. In: WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva; PRADO, Ney (Coords.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 03/05.

WILKS, Daniela. Comportamentos desviantes nas organizações: más pessoas vs. más organizações. In: CRUZ, José Neves; CARDOSO, Carla; LEITE, André Lamas; FARIA, Rita (Coords.). *Infrações econômicas e financeiras*: estudos de criminologia e direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 237/250.

WILLIAMS, Robert E.; SILVA, Ruben Fonseca. *Tratado dos paraísos fiscais.* São Paulo: Observador Legal, 1998.

WOODIWISS, Michael. *Capitalismo gângster*: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado. Tradução de C. E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

ZENTENO, Andy Carrión. *Criminal Compliance*: de la ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimento. Lima: ECB Ediciones, 2014.

ZIEGLER, Jean. *A Suíça lava mais branco.* Lisboa: Editorial Inquérito, 1990.

ZIMMERMANN, Jochen; GONCHAROV, Igor; WERNER, Joerg R. *Does Compliance with the German Corporate Governance Code have an Impact on Stock Valuation?* An Empirical Analysis. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=624068>. Acesso em: 13jun.2015.

ZIZEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível.* Conversas com Zizek. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*: un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*: contribuición a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Editorial Comares, 2009.

_____. *Política Criminal.* Colex: Madrid, 2001.