

Fábio André Guaragni
Marion Bach
Coordenação

Fernando Martins Maria Sobrinho
Organização

DIREITO PENAL ECONÔMICO

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, CRIMINAL
COMPLIANCE E OUTROS TEMAS CONTEMPORÂNEOS

Autores

Camila Rodrigues Forigo	Gustavo Britta Scandelari
Evelin Steidel	Márcia de Fátima Leardini Vidolin Dresch
Fábio André Guaragni	Douglas Rodrigues da Silva
Marion Bach	Michelle Gironda Cabrera
Fernanda Miquelussi da Silva	Pedro Augusto Amaral Dassan
Fernando Martins Maria Sobrinho	Cassiano Gil
	Ricardo de Sousa Fonseca


THOTH
EDITORA

COORDENAÇÃO
FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI
MARION BACH

ORGANIZAÇÃO
FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

DIREITO PENAL ECONÔMICO

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO
PENAL, CRIMINAL COMPLIANCE E
OUTROS TEMAS CONTEMPORÂNEOS

1ª Edição
Londrina/PR
2017


THOTH
EDITORA

© Os autores e © Direitos de Publicação Editora Thoth. Londrina/PR.
www.editorathoth.com.br
contato@editorathoth.com.br
Diagramação e Capa: Editora Thoth e Nabil Slaibi
Revisão: os autores
Editor chefe: Bruno Fuga

Conselho Editorial

Prof. Me. Bruno Augusto Sampaio Fuga	Prof. Me. Thiago Caversan Antunes
Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior	Prof. Dr. Celso Leopoldo Pagnan
Prof. Me. Thiago Moreira de Souza Sabião	Prof. Dr. Fábio Fernandes Neves Benfatti
Prof. Me. Tiago Brene Oliveira	Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Prof. Dr. Zulmar Fachin	Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia
Prof. Me. Anderson de Azevedo	Esp. Rafaela Ghacham Desiderato
Prof. Me. Ivan Martins Tristão	Prof.ª. Dr. Rita de Cássia R. Tarifa Espolador
Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva	Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues
Prof.ª. Dr. Deise Marcelino da Silva	Prof. Dr. Fábio Ricardo R. Brasilino
Prof. Me. Erli Henrique Garcia	Me. Aniele Pissinati
Prof. Me. Smith Robert Barreni	Prof. Dr. Gonçalo De Mello Bandeira (Port.)
Prof.ª. Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza	Prof. Me. Arthtur Bezerra de Souza Junior
Prof. Me. Thiago Ribeiro de Carvalho	Prof. Me. Henrico Cesar Tamiozzo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos / coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 2017.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-94116-09-3

1. Direito penal econômico. 2. Programas de compliance. 3. Crime fiscal. I. Guaragni, Fábio André. II. Bach, Marion. III. Maria Sobrinho, Fernando Martins. IV. Título.

CDD 345.810268

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária Rafaela Ghacham Desiderato
CRB 14/1437

Índices para catálogo sistemático

1. Direito Penal Econômico : 345.810268

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização.
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu autor.

AUTORES

Camila Rodrigues Forigo

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) em convênio com a Universidade Positivo. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Advogada criminal.

Evelin Steidel

Bacharel em direito pela Universidade do Contestado – Campus de Canoinhas/SC, Especialista em Direito Criminal pelo Unicuritiba. Advogada.

Fábio André Guaragni

Procurador de Justiça junto ao MP-PR. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor de Direito Penal Econômico junto ao Programa de Mestrado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal da FEMPAR, EMAP, CERS.

Marion Bach

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação do UNICURITIBA e da FAE. Professora da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP-PR). Advogada criminal.

Fernanda Miquelussi da Silva

Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba. Especialista com área de concentração em Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Pós-graduanda em Ciências Penais pela ABDCONST- Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ex – Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná (área criminal). Advogada e escritora, já tendo publicado dois e-books: Estudo de Balística Forense x Absolvição Policial Sumária pela Editora Saraiva e A sociedade de risco e os crimes omissivos no Brasil pela Editora Ponto Vital.

Fernando Martins Maria Sobrinho

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui formação complementar em Direito Penal e Processo Penal Alemão, Europeu e Internacional pela Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Professor do Curso Jurídico. Professor da Pós-graduação do UNICURITIBA e da TUIUTI. Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro da Comissão de Advocacia Dativa da OAB/PR. Membro do grupo de pesquisa;Direito Penal Econômico: repercussões da sociologia contemporânea; coordenado pelo Professor Doutor Fábio André Guaragni. Membro do grupo de pesquisa;Modernas Tendências do Sistema Criminal; coordenado pelo Professor Doutor Paulo César Busato. Membro da Comissão Permanente de Estudos de Direito Penal do Canal Ciências Criminais coordenado pelo Professor Evinis Talon.

Gustavo Britta Scandelari

Mestre em Direito (UFPR). Professor de Direito Penal no UNICURITIBA. Professor na Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da ABDConst. Advogado (gustavo@dotti.adv.br).

Márcia de Fátima Leardini Vidolin Dresch

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professora de Direito Penal e Processo Penal na graduação e pós-graduação lato sensu do UNICURITIBA. Professora do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Advogada Criminal.

Douglas Rodrigues da Silva

Pós-Graduando lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do grupo de pesquisa Direito Penal Econômico - repercussões da sociologia contemporânea na política criminal dos crimes econômicos e no desenvolvimento das respectivas categorias dogmáticas do delito e da pena. Assessor no Ministério Público Federal.

Michelle Girona Cabrera

Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba. Professora de Direito Processual Penal na Faculdade de Pinhais.

Pedro Augusto Amaral Dassan

Advogado. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pelo IDPEE da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UNICURITIBA. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela PUC-PR. E-mail: pedrodassan@gmail.com

Cassiano Gil

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: cassiano_gil@yahoo.com.br

Ricardo de Sousa Fonseca

Promotor de Justiça Adjunto no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: ricardosfonseca@hotmail.com

APRESENTAÇÃO

A presente obra foi desenvolvida em conjunto, entre 2015 e 2017, por membros do Grupo de Estudos de Direito Penal Econômico, coordenado pelos Profs. Dr. Fábio André Guaragni e Marion Bach, em funcionamento junto ao Programa de Mestrado do Unicuritiba. O escopo inicial era o de explorar o campo dogmático do estudo e desenvolvimento de artigos científicos que abordassem a administrativização do Direito Penal e seus efeitos.

Essa administrativização traduz-se pela convocação do Direito Penal para auxiliar o Estado no controle de frações da vida social, sobretudo aquelas diretamente ligadas à economia. Em outras palavras, o campo da dogmática penal é convocado como um braço forte do direito administrativo. Este fenômeno gera nítido comprometimento do princípio da intervenção mínima do Estado, pois o Direito Penal acaba por abandonar sua atuação como *ultima ratio legis*.

O período pós-guerra trouxe à tona o modelo de Estado do Bem-Estar Social. Sobreveio uma ampliação dos bens jurídicos já existentes, de caráter marcadamente supraindividual, devido às obrigações positivas de atuação estatal. *Pari passu*, certo descontrole do progresso das tecnologias, expandido pela globalização, trouxe consigo a ideia de uma sociedade de risco, cujos desdobramentos negativos instaram a atuação do direito penal.¹ Para se adequar a essas novas realidades e conteúdos, o Direito Penal adotou novas técnicas para proteção desses bens.²

-
1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 27.
 2. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade Penal e Sociedade de Risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 120.

A primeira dificuldade enfrentada por todos os que se aventuram a estudar ou escrever sobre o Direito Penal Econômico, é como se deve delimitar o tema. De nada adianta ao jurista conhecer o fundamento, o método e o fim a ser alcançado pelo direito se o objeto da lei escapa, isto é, se não existe clareza sobre a matéria de regulação.

Foi no final do século XIX e início do século XX que a intervenção estatal assumiu maiores proporções e colocou em cheque a postura do *laissez-faire*, associada aos limites negativos de atuação do ente público. Um marco desta moldura deu-se com o crack da bolsa de Nova York em 24 de outubro de 1929: a crise geral que assolou os EUA nos anos seguintes fez com que o Estado acrescentasse medidas de intervenção às funções tradicionais, como por exemplo a de oferta de bens públicos: eletricidade, saneamento, portos, etc.³ A tradição liberal não ficou imune ao abalo provocado pela crise. Seus seguidores passaram a admitir um determinado grau de intervenção do Estado para corrigir deficiências ou imperfeições do mercado.⁴

A escola keynesiana defendia que o Estado exerce um papel de agente indispensável no controle da economia, uma vez que o sistema capitalista, consolidado pelo *animal spirit* dos empresários, é incapaz de empregar todos as pessoas que querem trabalhar. Por isso, o Estado deve intervir.⁵ Segundo Niall Fergusson, quanto maior a intervenção do Estado, oferecendo mais proteção aos investidores e garantias às empresas, melhor vai ser o desenvolvimento financeiro do país; entretanto, quanto mais “pesada” for a mão do Estado, mais impactos adversos sobre o mercado e a economia vão ser gerados, aumento da corrupção, economia informal, desemprego, etc.⁶ Assim, os perfis de intervenção podem implicar em consequências opostas.

3. GREMAUD, Amaru Patrick. Manual de economia. Org. Diva Benevidas Pinho, Marco Antonio S. de Vasconcellos e Rudinei Toneto Jr. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 571.

4. GENNARI, Adilson Marques. História do pensamento econômico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

5. KEYNES, John Maynard. General theory of employment, interest and money. United Kingdom: Palgrave Macmillian, 1936. p.45

6. FERGUSON, Niall. The Great Degeneration: How Institutions Decay and Economies Die. London: Penguin Press, 2013. p. 65-80

Até mesmo Adam Smith, considerado por muitos como o pai do liberalismo, em sua obra “A Riqueza das Nações”, defendia que o Estado deveria intervir na economia – em menor proporção –, mesmo quando a iniciativa privada não tivesse interesse em desenvolver a sua atividade, ou, quando impossível a prestação do serviço em regime concorrencial.⁷ Há consenso de que o Estado deve interferir na Economia, não só controlando e corrigindo os excessos praticados pela iniciativa privada, como também redistribuindo a riqueza, através de uma política fiscal que lhe permita ainda adquirir seu próprio patrimônio destinado à realização de atividades caracterizadas mais por sua rentabilidade social, do que econômica – transporte, saúde, etc.⁸

Observa-se, portanto, que o papel intervencionista do Estado vem desde o fim do século XIX⁹. Deu origem ao Direito Penal Econômico, como conjunto de normas com escopo de sancionar condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes¹⁰. É dizer, o Direito Penal Econômico surgiu para reprimir manifestações contrárias à gestão estatal da economia como *prima ratio legis*, tutelando a preservação da ordem econômica e compondo um novo campo de criminalidade voltado: i) à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; e ii) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços.¹¹

Atualmente, a existência de um Direito Penal Econômico voltado a tratar dos *white-collar and corporate crimes*, muito além de proteger certa intervenção estatal na economia, protege a confiança da sociedade, como um todo, na regularidade da

-
7. SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 50-68
 8. MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal espanhol de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 11, jul/set. 1995. p 7-20.
 9. GENNARI, Adilson Marques. História do pensamento econômico. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354.
 10. PIMENTEL, Manuel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 10.
 11. GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139.

produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Com essa “nova” criminalidade global, transnacional, é natural se falar em um “novo” espaço do direito penal econômico. Surgem questões como o anacronismo da distribuição da justiça mediante mecanismos territorialmente delimitados, insuficiente para abarcar a fenomenologia da criminalidade econômica.¹² No dizer de José de Faria Costa, “o tipo de criminalidade com o qual devemos enfrentar tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti*, pelo menos através da interpretação clássica que a dogmática dá de local do crime”.¹³

Enfim, tanto para proteção da intervenção estatal na economia, como quando pretende ampliar sua atuação para a tutela da regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, o direito penal econômico vincula normas penais a todos os campos do direito econômico, bem como a outras mecânicas jurídicas de ordenação social, como o direito tributário, financeiro e trabalhista. Deriva daí um direito penal de ampla acessoriedade administrativa, aspecto que dá significado à administrativização do direito penal.

Esta administrativização apresenta-se, hoje, como desafio à sustentabilidade da atividade empresarial. Suscita, por isso, esforços dirigidos à autorregulação da atividade empresária, mediante programas de cumprimento normativo, voltados à prevenção de ilícitos extrapenais, bem como os ilícitos penais-econômicos enganchados aos primeiros.

A coletânea em mesa expressa este conjunto de fenômenos: principia por dois trabalhos concentrados no tema do *criminal compliance*. Com Camila Forigo, explora-se a privatização do controle da criminalidade econômica; com Steidel e Guaragni, o enfrentamento, por parte dos programas de cumprimento, da questão dos desvios de cognição que operam como fatores criminógenos. A revisão

12. COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal econômico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 27.

13. FARIA COSTA, José de. O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico. In: ALMEIDA, Aníbal; CORREIA, Fernando Alves; VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 536.

de temas tradicionais do direito penal que têm especial ênfase no penal econômico – sucessão de leis penais e sua associação à administrativização do direito penal, crimes omissivos, erro (inclusive com o importante enfrentamento do tema da cegueira deliberada) e delitos culposos – vem pelas mãos de Fábio André Guaragni, Marion Bach, Fernanda Miquelussi da Silva, Fernando Martins Maria Sobrinho e Michelle Gironde Cabrera, Márcia Leardini e Douglas Rodrigues da Silva. O entretoque vinculante do direito penal ao administrativo, no campo da delinquência econômica, emerge – ao fim – no panorama dos delitos fiscais e da nova criminologia administrativa, com os textos de Scandelari, de um lado, e do trio formado por Pedro Dassan, Cassiano Gil e Ricardo de Sousa Fonseca.

Pelas competentes mãos de todos, leva-se ao leitor mais uma leva do que há de mais atual na relação entre atividade econômica e direito penal. Boa leitura!

Curitiba, setembro de 2017.

Fábio André Guaragni, Marion
Bach e Fernando Martins Maria
Sobrinho.

SUMÁRIO

AUTORES	4
APRESENTAÇÃO	7

CAPÍTULO I

Camila Rodrigues Forigo

O CRIMINAL COMPLIANCE E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA:	17
PRIVATIZAÇÃO NO CONTROLE À CRIMINALIDADE ECONÔMICA	17
INTRODUÇÃO.....	17
1 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO CENÁRIO GLOBALIZADO	18
2 A PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL.....	24
3 O CRIMINAL COMPLIANCE E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS.....	40

CAPÍTULO II

Evelin Steidel

Fábio André Guaragni

DESVIOS DE PERSONALIDADE EM GRUPOS EMPRESARIAIS E NEUTRALIZAÇÃO POR COMPLIANCE: UMA TENTATIVA PARA MINIMIZAR O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NO HORIZONTE DA CRIMINALIDADE?.....	45
INTRODUÇÃO	45
1 CORRUPÇÃO ENQUANTO OBJETO DA PSICANÁLISE E DA PSICOLOGIA.....	46
1.1. A CORRUPÇÃO NA ÓTICA DA PSICANÁLISE.....	47
1.1.1 Campo individual	48

1.1.2 Campo intersubjetivo	49
1.1.3 Campo Institucional	50
1.2 O OLHAR DA PSICOLOGIA COGNITIVA SOBRE A CORRUPÇÃO E OS DESVIOS COGNITIVOS NAS AÇÕES EM GRUPO.....	51
2 A INFLUÊNCIA DOS DESVIOS COGNITIVO-COMPORTAMENTAIS NAS PRÁTICAS ANTIÉTICAS E DELITIVAS DENTRO DE EMPRESAS	55
3 COMPLIANCE: CONCEITO, NATUREZA E ORIGEM	60
3.1 DEVER DE VIGILÂNCIA: POSIÇÃO DE GARANTE E DELEGAÇÃO DA VIGILÂNCIA	64
3.2 COMPLIANCE OFFICERS.....	65
4 NEUTRALIZAÇÃO DOS DESVIOS COGNITIVO-COMPORTAMENTAIS E DA CORRUPÇÃO DENTRO DAS INSTITUIÇÕES ATRAVÉS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE	67
4.1 INSTITUCIONALIZAÇÃO	68
4.2 CÓDIGO DE CONDUTA E SANÇÕES DISCIPLINARES ..	70
4.3 CANAIS DE DENÚNCIA.....	71
4.4 INVESTIGAÇÕES INTERNAS	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS.....	75

CAPÍTULO III

Fábio André Guaragni

Marion Bach

TÉCNICAS DE REENVIO DO DIREITO PENAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS	78
REGRAS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO	78
Introdução	78
1 Administrativização do direito penal e acessoriedade administrativa	79
2 Norma penal em branco e lei penal no tempo	81
3 Tipos penais abertos e lei penal no tempo	87
4 Remissões a atos concretos da administração pública e lei penal no tempo.....	92
Conclusão.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

CAPÍTULO IV

Fernanda Miquelussi Da Silva

O DIREITO PENAL E AS POSIÇÕES DE GARANTE:	101
TRAGÉDIA DO RIO DOCE	101
INTRODUÇÃO.....	101
1 SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL	102
2 CRIMES OMISSIVOS.....	104
2.1 AS ESPÉCIES DOS CRIMES OMISSIVOS E SEUS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO	107
2.2 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS: A POSIÇÃO DE GARANTE	108
2.3 ANÁLISE DO ARTIGO 13, 2º, CP.....	109
3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO: DESASTRE DE MARIANA/MG.....	111
3.1 RESPONSÁVEIS PELOS DANOS.....	111
3.2 AUSÊNCIA DE UM PLANO EFICAZ DE CONTENÇÃO..	113
4 CONSEQUÊNCIAS DO DESASTRE.....	114
CONCLUSÃO.....	115
REFERÊNCIAS.....	116

CAPÍTULO V

Fernando Martins Maria Sobrinho

O ERRO NOS DELITOS ECONÔMICOS UMA ANÁLISE SOB O FOCO DA LEI PENAL EM BRANCO	119
INTRODUÇÃO: TÉCNICAS DE REENVIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	119
1 MODALIDADES DE REENVIO	121
1.1 NORMA PENAL EM BRANCO	121
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO CAMPO DE UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REENVIO: UM SIGNO DA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO	123
2.1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO ESTRITO	125
2.2 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO AMPLO	126
3 O TRATAMENTO DO ERRO NA ATUALIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	127
3.1 O TRATAMENTO DO ERRO DE TIPO.....	127

3.2 O TRATAMENTO DO ERRO DE PROIBIÇÃO	129
4 ANÁLISE DE ELEMENTOS DESCRITIVOS, NORMATIVOS, DE VALORAÇÃO GLOBAL E QUE REMETEM A NORMAS PENAIAS EM BRANCO	135
REFERÊNCIAS.....	142

CAPÍTULO VI

Gustavo Britta Scandelari

INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL: A INDEPENDÊNCIA NA TEORIA E NA PRÁTICA DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS.....	146
INTRODUÇÃO.....	146
1 SANÇÃO PENAL COMO ULTIMA RATIO	148
2 DIREITO PENAL COMO “TÉCNICA AUXILIAR DE ARRECADANÇA”: A ADMINISTRATIVIZAÇÃO	153
3 A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS NA TEORIA	163
4 A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS NA PRÁTICA	167
CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS.....	171

CAPÍTULO VII

Márcia De Fátima Leardini Vidolin Dresch

Douglas Rodrigues Da Silva

LAVAGEM DE DINHEIRO: UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO.....	176
INTRODUÇÃO.....	176
1 O DIREITO PENAL COMO PROTETOR DE BENS JURÍDICOS	178
1.1 A CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO.....	180
1.2 A LAVAGEM DE DINHEIRO E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO	183
2 DOS SUJEITOS DO CRIME.....	188
3 A QUESTÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO.....	189
3.1 A LEI N. 9.613/98 ANTES DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS: A QUESTÃO DO DOLO DIRETO	189
3.2 O ADVENTO DA LEI N. 12.683/2012: O DOLO EVENTUAL	

E A CEGUEIRA DELIBERADA	192
3.2.1 A teoria da cegueira deliberada e a afirmação do dolo eventual	197
3.2.2 O problema da conduta equiparada e o papel do advogado.....	201
CONSIDERAÇÕES FINAIS	205
REFERÊNCIAS.....	207

CAPÍTULO VIII

Michelle Gironda Cabrera

A SOCIOLOGIA DO RISCO COMO SUPORTE POLÍTICO CRIMINAL DOS DELITOS CULPOSOS E SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	211
1 SOCIEDADE DE RISCO	211
2 DIREITO PENAL DO RISCO	214
3 DIREITO PENAL ECONÔMICO	217
4 A INTENSIFICAÇÃO DOS CURSOS CAUSAIS	220
5 DIFICULDADES DE IMPUTAÇÃO PELA PERSEGUIÇÃO DA QUEBRA DE DEVER DE CUIDADO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO	223
6 O INCREMENTO DE CRIMES CULPOSOS DE PERIGO COMO “CERCO” ÀS ATIVIDADES DE RISCO	227
CONCLUSÕES.....	230
REFERÊNCIAS.....	232

CAPÍTULO IX

Pedro Augusto Amaral Dassan

Cassiano Gil

Ricardo de Sousa Fonseca

A NOVA CRIMINOLOGIA ADMINISTRATIVA.....	236
INTRODUÇÃO.....	236
1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	239
2 TEORIAS INCORPORADAS	244
2.1 TEORIA DA ATIVIDADE DE ROTINA.....	244
2.2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL.....	249
2.3 PREVENÇÃO SITUACIONAL.....	254
3 CRÍTICAS.....	260
CONSIDERAÇÕES FINAIS	264
REFERÊNCIAS.....	265

CAPÍTULO I

O CRIMINAL COMPLIANCE E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA: PRIVATIZAÇÃO NO CONTROLE À CRIMINALIDADE ECONÔMICA

CAMILA RODRIGUES FORIGO

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) em convênio com a Universidade Positivo. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Advogada criminal.

INTRODUÇÃO

A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Federal nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012) e a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 e modificada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015) apresentam diversos aspectos relevantes no combate aos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção. Dentre esses aspectos, destacam-se o estabelecimento de determinadas obrigações aos agentes particulares, bem como o incentivo para que colaborem com a polícia judiciária na prevenção e no controle a esses delitos.

Essas medidas refletem a dificuldade de o poder público, isoladamente, prevenir, detectar e sancionar essas condutas ilícitas ante o cenário globalizado no qual a atividade empresarial se insere, já que pessoas e capitais transitam livre e rapidamente entre os diversos países e os avanços tecnológicos são utilizados para a prática desses crimes.

Além disso, cada empresa apresenta particularidades conforme o seu tamanho, a atividade desenvolvida e o local em que exerce suas atividades, de modo que acaba sendo mais eficaz do que a polícia judiciária na detecção e no controle dos riscos de cometimento de ilícitos que podem ser praticados em seu interior.

Tais fatores acabam por ensejar a transferência por parte do poder público aos agentes particulares na prevenção e no controle a esses crimes por meio dos denominados sistemas de criminal compliance. Essa transferência, que pode ser classificada como uma forma de privatização, é o tema central a ser abordado no presente estudo.

Para a análise, o artigo foi dividido em três tópicos. No primeiro, será tratado o modo pelo qual a criminalidade econômica se desenvolve no cenário globalizado, apresentando-se as suas principais características. Na sequência, serão abordados os aspectos da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção Empresarial que versam sobre as obrigações impostas e os incentivos conferidos aos particulares na prevenção e controle às respectivas modalidades criminosas.

Por fim, será estudado o compliance como uma das formas de autorregulação regulada e as suas principais implicações na política criminal.

1 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO CENÁRIO GLOBALIZADO

A globalização, entendida 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”¹ foi, e continua sendo, responsável por diversas transformações econômicas e sociais na sociedade ocidental do final do século XX e início do século XXI.

Esse fenômeno interconecta cada vez mais Estados e sociedades através de sistemas e redes de interações, reduzindo

1. GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

limitações espaciais e geográficas, já que ocorrências em um determinado ambiente são influenciadas por fatores mundiais, tais como o dinheiro e o mercado de bens². Com isso, a organização social, política e econômica, bem como os processos jurídicos e sociais ocorrem de uma forma integrada ao redor do globo.³

Essa integração implicou mudanças significativas na autoridade e no trabalho do Estado e em sua relação com outros Estados ou sistema internacional, de modo que os Estados continuam sendo atores relevantes, mas ao lado das corporações, dos movimentos sociais transnacionais e das agências reguladoras internacionais.⁴ Ao mesmo tempo em que os Estados se inter-relacionam, há uma dispersão das sociedades, das economias, das instituições de governo e da ordem mundial.⁵

Segundo Capra, nesse mercado, estruturado em torno de redes de fluxos financeiros, não há verdadeiramente um mercado, mas “uma rede de máquinas programadas para agir segundo um único valor – ganhar dinheiro por ganhar dinheiro – à exclusão de todos os outros”.

As empresas, nesse panorama, adotaram uma política agressiva de obtenção de subsídios financeiros⁶ e se internacionalizaram à procura de vantagens competitivas e novas formas de associação surgiram (por meio de fusões, aquisições, incorporações) em busca da grande concentração de poder.⁷

2. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 70.
3. SALDIVIA, Laura. *El derecho y la soberanía en la Globalización*. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 24-25.
4. SALDIVIA, Laura. *El derecho y la soberanía en la Globalización*. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 28-30.
5. SALDIVIA, Laura. *El derecho y la soberanía en la Globalización*. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 29-30.
6. SALDIVIA, Laura. *El derecho y la soberanía en la Globalización*. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen; SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 150.
7. PADRÓS, Enrique Serra. *Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste. *O século XX: o tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 228-266. P.263.

O capitalismo como uma economia de mercado orientada em função do lucro, do aumento e da acumulação do capital⁸, acentua-se nesse contexto globalizado. Nesse ponto, caracteriza-se o que Ferguson⁹ denomina de “a grande degeneração”, em que prevalecem os interesses corporativos e individuais em detrimento de interesses coletivos, do sistema e, principalmente, das leis e instituições.

Logo, fica claro o cenário atual no qual as empresas atuam: um cenário globalizado, marcado pela busca incessante pelo lucro, pela falta de transparência e pelo individualismo.

Isso propicia, em paralelo, o surgimento de uma economia criminosa globalizada em que, tal qual as relações comerciais legítimas, o crime passa a estar interligado em rede, afetando as atividades econômicas e políticas no mundo inteiro.¹⁰

Portanto, ao lado da criminalidade tradicional, há uma delinquência econômica que aumentou exponencialmente em virtude da abertura das economias, da redução das distâncias, das comunicações instantâneas, das facilidades e liberdades de trânsito de pessoas e capitais, bem como dos avanços tecnológicos colocados a serviço da moderna criminalidade¹¹. Além de a delinquência dolosa tradicional adquirir novas características a partir da adoção de novos instrumentos para produzir resultados lesivos, surgem novas modalidades delitivas que se projetam nos espaços criados pelo desenvolvimento da tecnologia¹², o que ocasiona, inevitavelmente, alterações na política criminal da sociedade e criação de novos tipos penais.

Diversamente da criminalidade tradicional, a criminalidade econômica é praticada por pessoas que ostentam uma posição social e status mais elevados, sendo o ato típico comumente praticado por empregados de firmas comerciais ou pelos próprios empresários

-
8. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 28.
 9. FERGUSON, Niall. *A grande degeneração: a decadência do mundo ocidental*. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013. p. 114-115.
 10. CAPRA, Frijot. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 147.
 11. VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 31.
 12. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

no exercício do cargo ocupado.¹³ É por essa razão que Tiedemann¹⁴ caracteriza essa infração como fruto do abuso de confiança socialmente exigível na vida econômica, por meio de condutas que contradizem o comportamento do correto comerciante e que lesionam interesses individuais e a correlata ordem econômica.

O perfil dessa criminalidade corresponde a crimes de cunho econômico, organizados e praticados por membros de classes sociais mais elevadas, que se aproveitam de seus cargos e ocupações para aumentar as suas rendas por meio de práticas ilegais, valendo-se de técnicas criminosas mais complexas e sofisticadas, como, por exemplo, a internet e a dissimulação dos aparatos tradicionais.¹⁵

A maior parte desses delitos se executa através de uma pessoa jurídica¹⁶ e é capaz de gerar grandes perdas econômicas para as corporações.¹⁷ A atuação no marco de uma corporação propicia o risco de que apareçam condutas desviantes por parte de seus diretores e empregados¹⁸, sendo correto afirmar que a empresa, no cenário globalizado, constitui um ambiente propício ao cometimento de delitos. Não é por menos que alguns autores tratam o ambiente empresarial como um fator criminógeno.¹⁹

De acordo com Palermo e Bermejo²⁰, isso ocorre porque a incorporação de indivíduos a um grupo reduz os mecanismos inibitórios de seus membros. A volatilização do sentimento de responsabilidade individual existente no ambiente empresarial motiva os agentes a praticarem condutas criminosas que, provavelmente, não desenvolveriam individualmente.

13. TIEDEMANN, 1983 p. 59 – 68

14. TIEDEMANN, 1983 p. 59 – 68

15. VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 33.

16. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 488.

17. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 3.

18. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 171-205. p. 174-175.

19. Cf. PALERMO; BERMEJO, apud SILVA SÁNCHEZ; VARELA; MONTANER FERNÁNDEZ, 2013. p.265-286. p. 278-280.

20. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 171-205.

Essa volatilização ocorre em virtude da neutralização de juízos morais que corresponde, por exemplo, à existência de uma cultura empresarial criminógena²¹. Decorre também da dificuldade existente para imputar responsabilidade jurídica – penal ou não – aos múltiplos intervenientes no processo de produção da lesão de bens jurídicos, o que enseja a difusão de responsabilidades, o desaparecimento do risco e a fragmentação da informação²².

Complementando essa visão acerca da empresa como ambiente criminógeno, Pastor Muñoz²³ apresenta três causas que justificam o crescimento da criminalidade empresarial: a estrutura da empresa; a subcultura empresarial e os próprios diretores.

Relativamente às causas com origem na estrutura empresarial, em primeiro lugar, pode ser identificado o ambiente empresarial que oferece oportunidades de delinquir, como ocorre quando a empresa está desenhada de tal maneira que careça de mecanismos de controle suficientes. As possibilidades de delinquir ainda aumentam quando se somam a esses fatores os fenômenos da internacionalização, do desenvolvimento tecnológico e da sofisticação da economia.²⁴

No tocante às causas vinculadas à subcultura empresarial destaca-se, primeiramente, a crise de valores na empresa. Como visto, a economia nutre um modelo em que os valores de solidariedade e de consideração com os demais são ausentes e, concomitantemente, são fomentados o egoísmo e a busca de seus próprios interesses.

21. Nesse aspecto, Silva Sánchez e Varela (2013, p. 278-286) esclarecem que a atuação individual dentro de uma coletividade é influenciada pela atitude daqueles sujeitos integrados ao grupo, de modo que determinadas estratégias racionalizadas para a difusão de práticas ilegais, como “um bom negócio o exige”, “todo mundo faz” ou “o negócio é o negócio” pode relativizar ou anular o processo de percepção cognitiva da conduta ilícita. Os sujeitos, mesmo que tenham conhecimento da valoração negativa dessa atuação pelo direito, atuam, por exemplo, sob a convicção de que protegem os interesses da empresa e de que são solidários ao grupo. Os autores denominam essa situação de “atitude criminógena de grupo” e explicam, ainda, que as estruturas hierárquicas exercem uma intensa influência implícita sobre a forma de pensar dos subordinados.

22. PALERMO; BERMEJO, op. cit., p. 174-175

23. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 4.

24. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 4.

Essa crise de valores não alimenta a obediência ao direito, o qual pode ser visto como um obstáculo à liberdade econômica. Tem-se também a relativização das normas jurídicas que incidem na atuação empresarial pelos seus principais destinatários, que passam a observá-las apenas em contextos específicos ou quando as circunstâncias assim exigem.²⁵

Portanto, o cenário no qual os membros da empresa se relacionam, isto é, a lógica do mundo empresarial e os códigos de conduta existentes estão diretamente relacionados ao cometimento de um delito empresarial.²⁶

Quanto às causas advindas dos próprios diretores, tem-se a subcultura empresarial e o conhecimento das oportunidades de delinquir que a estrutura da empresa oferece²⁷. Nessa hipótese pode ser citada a exigência de que os empregados cumpram certas metas que somente podem ser alcançadas desrespeitando-se a lei, assim como regramentos internos ou decisões como promoções e aumentos de salários que, aparentemente, não se relacionam com atividade ilícita alguma.²⁸

Um fenômeno que também torna a empresa um ambiente propício ao crime é o *risk shifting*, em que os diferentes sujeitos que operam na empresa pretendem fazer desaparecer o risco jurídico através dos outros: os sócios repassam a responsabilidade aos administradores, que, por sua vez, a repassam aos escalões hierárquicos mais baixos. Logo, a responsabilidade individual se localiza em níveis mais baixos dentro da estrutura hierárquica empresarial.²⁹

25. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 5.

26. AGUSTINA SANLLEHÍ 2009. p. 7-8.

27. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 5.

28. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 174.

29. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 175.

Por fim, existem os problemas de circulação dos fluxos de informação dentro da empresa, pois a divisão do trabalho impede que a informação flua, não coincidindo na mesma pessoa os requisitos de conhecimento e de poder de decisão que permitem imputar a responsabilidade pelo fato.³⁰

Outro fator que também pode levar à prática de atividades ilícitas é o escasso ou deficiente controle que propicia a existência de oportunidades para esse tipo de conduta.³¹

Após essa análise, torna-se nítida a forma como a articulação da sociedade globalizada, voltada ao lucro e ao individualismo, reflete no âmbito da atividade empresarial. Contudo, nem todas as empresas terão crimes cometidos em seu interior³², mas representam, por si só, um fator propício para o cometimento de delitos.

2 A PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

O Brasil figura como um dos países mais corruptos do planeta ao alcançar a 69ª posição dentre 175 países, em estudo elaborado pela ONG Transparência Internacional no ano de 2014. Essa relação classifica os países em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), em que 0 (zero) significa que um país é percebido como muito corrupto e 100 (cem) significa que é um país muito limpo. Nesse ranking, o Brasil alcançou apenas 43 (quarenta e três) pontos, ficando abaixo da marca que distingue os países menos corruptos dos mais corruptos, que é de 50 (cinquenta) pontos.³³

Ainda, conforme o “Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate”, elaborado em março de 2010 pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), o custo

30. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 175.

31. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242. p. 223.

32. Nesse caso, o presente estudo exclui o caso das organizações criminosas, instituídas e destinadas para a prática de atos ilícitos. O alvo do estudo restringe-se as empresas destinadas a fins lícitos e regularmente constituídas que venham a ter crimes praticados em seu interior.

33. TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Corruption perceptions index 2014. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 12 set. 2015.

econômico anual estimado da corrupção equivale a R\$ 41,5 bilhões ou 1,38% do PIB, calculado à época da pesquisa.³⁴

O risco de corrupção no Brasil, assim, é considerado alto³⁵ sendo visível a necessidade de criação de mecanismos de controle por parte das autoridades, bem como a implementação e o aprimoramento de programas internos de prevenção dessa criminalidade no interior das empresas.

Esses fatores colaboram para a existência de uma crescente pressão da sociedade e de organismos internacionais para que medidas de combate à corrupção sejam cada vez mais fortes e desvios de condutas não sejam tolerados, questionando não apenas o papel do agente público corrupto, mas também da empresa envolvida.³⁶

Nesse cenário, duas leis brasileiras estabelecem regras de cooperação privada e incentivam as instituições em colaborar com a investigação: a Lei Federal nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, e a Lei Federal nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, denominadas, respectivamente, de Lei de Lavagem de Dinheiro e de Lei Anticorrupção Empresarial.

No tocante à Lei de Lavagem de Dinheiro³⁷, o instrumento estabeleceu regras de cooperação privada, instituindo obrigações às pessoas e instituições que atuem em setores considerados sensíveis ao crime³⁸. Todas as pessoas físicas e jurídicas que exerçam, em caráter

34. FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate, São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 29 set. 2015.

35. CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166. p. 150.

36. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 170.

37. BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 15 ago. 2015.

38. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-35.

permanente ou eventual, uma das atividades listadas no artigo 9º da Lei deverão cumprir com as obrigações relacionadas nos artigos 10 e 11.

Dentre as pessoas que se sujeitam a essas obrigações podem ser citadas aquelas que atuam nas seguintes áreas: captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros; compra e venda de moeda estrangeira ou ouro; bolsas de valores, bolsas de mercadorias e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, que intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; juntas comerciais e os registros públicos, entre outras listadas no artigo 9º da Lei.

Essas entidades, nos termos do artigo 10, devem armazenar informações e registros sobre seus clientes, bem como criar e manter cadastros e registros das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente, impondo-se a elas o dever de comunicar as autoridades das atividades suspeitas de lavagem.³⁹

Esse artigo, ao determinar a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, impõe o dever de compliance às entidades e pessoas obrigadas.⁴⁰

O artigo 11, por sua vez, impõe a obrigação de comunicação ao COAF das movimentações que ultrapassem os limites fixados e as transações efetuadas ou propostas que constituam sérios indícios de lavagem de dinheiro. Essas comunicações têm por finalidade a sistematização de informações, a produção de análises de risco e a tomada de providências cabíveis por parte dos órgãos de controle e fiscalização.⁴¹

39. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

40. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

41. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro:

O descumprimento dessas atribuições pode implicar a responsabilização administrativa das pessoas elencadas no artigo 9º e dos administradores das pessoas jurídicas, nos termos do que estabelece o artigo 12 da mencionada Lei. As sanções consistem em advertência, multa pecuniária variável⁴², inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas indicadas pela Lei e cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento. Tais penalidades poderão ser aplicadas de forma cumulativa ou não, conforme o caso.

O instrumento legislativo que recentemente reforçou a necessidade de medidas preventivas, bem como estabeleceu o dever de informação, é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013⁴³, a Lei Anticorrupção Empresarial, regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015⁴⁴ e alterada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015.⁴⁵

Essa Lei representa um marco importante no enfrentamento à corrupção no país e visa atender aos compromissos assumidos internacionalmente – através da ratificação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE; da Convenção Interamericana contra a Corrupção; e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – de responsabilizar as pessoas jurídicas

aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-35.

42. De acordo com o que estabelecem as alíneas do inciso II do artigo 12 da Lei, a multa pecuniária não poderá ser superior ao dobro do valor da operação; ao dobro do lucro real obtido ou presumivelmente obtido pela realização da operação; ou ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).
43. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.
44. BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.
45. BRASIL. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

por atos de corrupção pública⁴⁶ inclusive de servidores públicos estrangeiros.

A principal finalidade é a imposição rigorosa de penalidades de natureza civil e administrativa a pessoas jurídicas que estejam relacionadas à corrupção de agentes públicos e de fraudes a licitações, bem como fortalecer os órgãos de fiscalização⁴⁷ para inserir a cultura anticorrupção no mundo empresarial.

A importância desse instrumento legal, mais do que fixar a responsabilidade objetiva administrativa e civil⁴⁸ das pessoas jurídicas pela prática de atos que atentem contra a administração pública, nacional ou estrangeira, descritos no artigo 5º da Lei, consiste no incentivo expresso e tratamento diferenciado para empresas que possuem programas de integridade, também denominados de programas de conformidade ou compliance, efetivos.

A existência de tais programas existência reduz a fixação da pena imposta se estiverem dentro dos parâmetros estipulados pelo artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015. Desse modo, apesar do programa não ser obrigatório, é extremamente recomendável que as empresas, principalmente as de grande porte, possuam órgãos internos de controle.⁴⁹

Ao prever essa regra, o objetivo foi implementar uma cultura empresarial no Brasil de autofiscalização e autocontrole para diminuir a praxe, muitas vezes institucionalizada, de que a corrupção é parte do negócio.⁵⁰

46. CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

47. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24-25.

48. Para a responsabilização objetiva, de acordo com Greco Filho e Rassi (2015, p. 137-138), não há necessidade de demonstração do dolo ou da culpa da pessoa jurídica, podendo ser aplicada sanção de natureza civil ou administrativa sempre que um dos agentes daquela empresa praticar algum dos atos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial.

49. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

50. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 137-161. p. 160.

Esse programa de integridade previsto na Lei Anticorrupção, de acordo com Carvalhosa⁵¹, segue os padrões do que foi estabelecido pela Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção que determina aos Estados membros o dever de implantar medidas de prevenção à corrupção por meio de transparência contábil e auditoria interna, transparência nas relações comerciais e através de códigos de governança corporativa para a prevenção de conflitos de interesses.

Esse regime de conformidade deve estabelecer um regime de auditoria interna para verificar as contas e apurar a legitimidade dos negócios jurídicos que as originaram, além de manter um sistema de análise de risco relativamente às atividades e negócios próprios da pessoa jurídica nas relações firmadas. É essencial também que essa auditoria interna mantenha um serviço de recebimento de denúncias e consequente apuração.⁵²

Ressalte-se que o decreto estabelece um tratamento diferenciado para avaliação do efetivo programa de integridade às microempresas e de pequeno porte, conforme artigo 42, § 3º do Decreto.

Vale observar que, para o programa de compliance ser considerado efetivo, ele deve “ser adequado à ação institucional da empresa, no seu contexto negocial, ou seja, o programa deve ser elaborado de acordo com suas especificidades, assim considerado na sua dimensão, riscos e desafios”⁵³.

A Lei não impõe esses comportamentos, mas os estimula com vistas à prevenção e apuração de condutas irregulares.

Verifica-se, da análise das leis acima elencadas, um incentivo estatal às empresas para que instituem medidas de prevenção e controle dos delitos econômicos, colaborando com o poder público no combate a essa forma de criminalidade, já que a polícia judiciária se revela incapaz de combater isoladamente essa criminalidade.

51. CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 327-328.

52. CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 328-329.

53. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74.

A importância e a urgência da fixação de medidas efetivas de combate a esses ilícitos decorrem das graves consequências que esses crimes produzem. A criminalidade econômica constitui concorrência desleal prejudicial ao pleno desenvolvimento da economia⁵⁴, pois além de ameaçar o pacífico e democrático desenvolvimento, obstam a prosperidade do mercado financeiro, eliminam a paz social e a crença nas instituições⁵⁵ e criam, ainda, uma sensação de insegurança ante a ausência de segurança pública adequada.⁵⁶

Essas imposições e incentivos legais à colaboração do particular na prevenção da criminalidade econômica, vale ressaltar, não representa uma medida isolada na política criminal, mas integram um fenômeno mais amplo, conhecido como autorregulação regulada.

3 O *CRIMINAL COMPLIANCE* E A AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Apesar de evidente a necessidade de controle estatal acerca da atuação das empresas⁵⁷, o aumento progressivo da complexidade social, o desenvolvimento tecnológico aliado ao processo de globalização, a especialização de setores de atividade e as modernas estruturas organizativas retiraram a capacidade do Estado de controlar de forma adequada as estruturas empresariais.⁵⁸

54. VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 42.

55. VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 42.

56. MOLINA, Antonio García-Pablos de. El proceso de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161. p. 145.

57. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 2.

58. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 43-44.

Assim, há, de um lado, criminosos que se valem da estrutura complexa e especializada das empresas para a prática de crimes e, de outro lado, um poder público que se revela ineficiente para realizar, sozinho, a persecução dessa criminalidade. Some-se a isso o fato de que apenas a punição para os crimes que eventualmente venham a ser praticados não soluciona a problemática, porque o dano social já está produzido e, muitas vezes, não pode ser recomposto, o que torna essencial a existência de uma efetiva prevenção a essa criminalidade.

Nesse cenário, Coca Vila⁵⁹ afirma que é inquestionável que o Estado deve regular o âmbito empresarial. Surge, então, uma nova estratégia de regular a atividade empresarial por meio da autorregulação, em que o poder público delega parte de sua função regulatória às próprias empresas e se utiliza delas para intervir de forma mais rigorosa e eficaz.⁶⁰

Com isso, o Estado pretende influir sobre as empresas e criar estímulos para que se comportem da maneira desejada⁶¹, tornando-se mais regulador e propiciando uma efetiva prevenção.⁶²

Através da autorregulação regulada⁶³, o Estado, titular do poder regulatório, recorre aos agentes particulares para que colaborem

59. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 44.

60. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 45.

61. KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-76. p. 68.

62. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 250.

63. Cabe explicar que, além da autorregulação regulada, existem também os mecanismos de autorregulação pura e metarregulação. A autorregulação pura refere-se àqueles casos em que a própria empresa possui um sistema de regulação interno, sem qualquer intervenção pública na elaboração, na supervisão e na sanção desse sistema. Essa regulação pode consistir em princípios ou padrões gerais de atuação ou em protocolos específicos de riscos próprios de cada setor da atividade. Por sua vez, a metarregulação refere-se à determinação ou condicionamento da atividade de autorregulação por parte do poder público através do estabelecimento de uma série de pautas ou da outorga de incentivos para influenciar a empresa. A autoridade estatal não pretende estabelecer padrões concretos ou normas de comportamento, mas apenas despertar o interesse da empresa em autorregular-se, concedendo uma ampla margem de discricionariedade para que a própria empresa possa estabelecer seu programa. (COCA VILA, 2013, p. 48-51.)

na elaboração de corpos normativos⁶⁴. O Estado reorienta sua atuação por meio de um intervencionismo à distância, valendo-se da empresa para cumprir seus fins.⁶⁵

Através da delegação de parte de sua função regulatória para as próprias empresas, o poder público não cede à titularidade dessa função, pois o ente privado age de forma subordinada aos interesses predeterminados pelo Estado.⁶⁶

Porém, o fato de que as empresas conhecem melhor as particularidades das técnicas e as especificidades da economia moderna, potencializa as devidas regulações jurídico-penais necessárias⁶⁷ e torna esse sistema mais eficaz que a intervenção estatal.

A autorregulação regulada possui três variantes: a) a autorregulação delegada ou *delegated self-regulation*, através da qual o poder público delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a faculdade de revisão, supervisão e sanção. Verifica-se essa modalidade também quando o Estado regula e delega para a empresa as outras funções; b) autorregulação transferida ou *devolved self-regulation*, por meio da qual o poder estatal transfere o poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém a capacidade de revisar as disposições e de como se realiza o *enforcement*; c) co-regulação ou *cooperative self-regulation*: em que os agentes do poder público trabalham juntamente com os agentes privados na elaboração de sistemas específicos de regulação. Nesse caso, o Estado permite a obtenção de sistemas específicos e individualizados de regulação e conta com o apoio de grupos de trabalho bilaterais ou de órgãos administrativos compostos por representantes dos sujeitos

64. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 51.

65. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 52.

66. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 51.

67. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

regulados.⁶⁸ No Brasil, atualmente, a autorregulação assume o viés dessa última variante.

Esse modelo de intervenção constitui uma forma de privatização, em que o Estado transfere ao setor privado parte de sua responsabilidade em prevenir.⁶⁹ Conforme Nieto Martín⁷⁰, o poder público exerce um controle social mais sofisticado, determinando a adoção de modelos de condutas por parte das pessoas integrantes de uma organização empresarial.

Essa privatização reforça as possibilidades de controle estatal na luta contra a criminalidade⁷¹ ao estimular a adoção de determinadas normas de organização destinadas a complementar tanto a função normativa estatal, como a função policial ou sancionadora.⁷²

Por meio desse mecanismo verifica-se a existência de um apoio recíproco entre órgãos do poder público e agentes particulares, em que o Estado utiliza os mecanismos privados de controle para assegurar suas próprias pretensões de ordem e segurança, e os particulares possuem o amparo oficial do Direito Penal em sua atuação.⁷³

68. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 51-52.

69. BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013. p. 306.

70. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. Política Criminal, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 4.

71. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El processo de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161. p. 151.

72. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho apenal de la empresa. Política Criminal, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 5.

73. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El processo de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161. p. 151-152.

A autorregulação ainda é legitimada pelo fato de que não existe um programa de cumprimento legal, isto é, cada empresa, conforme a atividade exercida⁷⁴, pode avaliar os riscos próprios do exercício daquela atividade, pois possuem necessidades específicas de proteção.⁷⁵

Segundo Nieto Martín⁷⁶ a autorregulação é composta por quatro elementos. O primeiro elemento da autorregulação é a necessidade de que as empresas estabeleçam normas de comportamento, denominadas de códigos de conduta, bom governo, boas práticas etc. O segundo elemento corresponde à melhora dos sistemas de informação e documentação, evitando-se a compartimentalização da informação. A terceira característica consiste na designação de pessoas e órgãos pela pessoa jurídica que sejam responsáveis pelo zelo na efetividade da organização empresarial, tais como os órgãos de *criminal compliance* e cumprimento dos comitês de auditoria. Por fim, o quarto elemento corresponde à exigência de um controle externo que certifique, avalie ou audite a idoneidade do sistema de autorregulação.

Portanto, é dentro da autorregulação regulada que se insere o conceito de *compliance*, que, de acordo com Palermo e Bermejo, significa cumprimento, observância, conformidade com determinados mandatos e faz alusão a procedimentos para a transposição de prescrições legais com a pretensão de evitar a criminalidade empresarial.⁷⁷

Mais do que evitar a criminalidade empresarial, o *compliance* corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos

74. COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76. p. 61.

75. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El proceso de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161. p. 147.

76. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. Política Criminal, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 5-7.

77. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 176

à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa⁷⁸.

A finalidade do *compliance* é a aplicação de normas jurídicas e outras diretivas definidas para a empresa e, através delas, cumprir o direito vigente e evitar prejuízos para a empresa, seus órgãos e empregados.⁷⁹ Assim, sendo praticado algum crime no ambiente empresarial, programas de *compliance* efetivos aumentarão as chances de que a própria empresa o detecte, possibilitando a investigação e a remediação interna do dano eventualmente causado.⁸⁰

De acordo com Montiel⁸¹, esses programas devem funcionar como verdadeiros mecanismos organizacionais que “i) informam e motivam os empregados a comportar-se de acordo com a lei; ii) detectam transgressões ou recompensam comportamentos mediante avanços ou promoções; e iii) sancionam aqueles que cometeram algum ilícito”.

Esse mecanismo parte do pressuposto de que a causa essencial da criminalidade empresarial é a falta de valores éticos e sociais e considera que, por isso, a modificação na forma de gestão da empresa com a introdução de diretrizes éticas de comportamento e o fomento desses valores no mundo empresarial é a forma mais eficaz de luta contra essa classe de delinquência. Em geral, tais diretrizes reproduzem praticamente as normas de comportamento penais e, assim, conforme Pastor Muñoz⁸², funcionam como verdadeiros “alto-falantes” da legislação penal atinente.

78. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 167.

79. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 176.

80. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 192.

81. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242. p. 225.

82. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 8.

Esses programas são naturalmente orientados ao controle interno e possuem um conteúdo específico de prevenção, buscando compensar os efeitos criminógenos característicos das organizações empresariais⁸³. O controle interno da própria organização se expressa como uma verdadeira estratégia político-criminal cujo fim é controlar aquele delito próprio do âmbito empresarial.⁸⁴

Nesse sentido, esses programas se tornam necessários ao se considerar a ineficácia preventiva das normativas jurídicas em geral⁸⁵ e da ineficiência da persecução estatal (considerando, além dos fatores já expostos, também o seu orçamento e suas estruturas burocráticas).⁸⁶

Depreende-se, portanto, que o objetivo fundamental do *compliance* é a mudança de cultura no ambiente corporativo, por meio de uma gestão empresarial baseada em valores éticos e comportamentais, “em um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção”⁸⁷. O fundamento da concepção de *compliance* e da necessidade do seu desenvolvimento é a ideia de que em um Estado de Direito é perfeitamente exigível de todas as pessoas físicas e jurídicas que se submetam à lei.⁸⁸

Ademais, as regulações próprias das empresas, no âmbito de uma economia global e complexa desenvolvida no seio de numerosas especializações técnicas e econômicas, são mais vantajosas e efetivas que as regulações administrativas ou penais gerais, as quais não se adaptam concretamente a cada empresa.⁸⁹

83. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 176.

84. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 171.

85. PALERMO; BERMEJO, 2013, p. 171-172.

86. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242. p. 223.

87. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201. p. 201.

88. 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 Urbina (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

89. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) El derecho penal económico en la era compliance. Tirant

E, no interior dessa gestão em *compliance*, para evitar que ocorram delitos decorrentes de uma má gestão da atividade empresarial⁹⁰, bem como para que sejam descobertos os perigos tipicamente empresariais⁹¹, desenvolve-se o *criminal compliance*.

Através do *criminal compliance* as diretrizes da atividade empresarial são combinadas com a prevenção da criminalidade típica a esse setor⁹² e os riscos de prática de ilícitos passam a ser geridos para evitar a sua ocorrência no âmbito da empresa.⁹³

A atuação é preventiva e consiste na elaboração de uma análise jurídica de todas as ações pertinentes à atividade da empresa em suas relações internas e externas⁹⁴, pretendendo adaptar a empresa à toda normativa que rege sua atividade⁹⁵ e impedir condutas desviadas dentro de uma organização.⁹⁶ Com isso, é possível definir os campos de ação da empresa, evitar zonas cinzentas criminógenas⁹⁷, estabelecer

lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109. P. 98-99.

90. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008. p. 53.
91. 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. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331. p. 322-323.
92. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.
93. SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199. p. 183.
94. BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013.
95. Sánchez Ríos e Antonietto esclarecem que um dos motivos para o surgimento do criminal compliance é a dificuldade do empresário em se adaptar a toda normativa (tributária, ambiental, laboral, administrativa, etc.) que rege sua atividade. Cf. SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375. p. 351.
96. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. Política Criminal, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf. Acesso em: 11 out. 2015. p. 29.
97. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) El derecho penal económico en la era compliance. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109. p. 91.

os âmbitos de riscos relevantes da conduta de seus funcionários e identificar os deveres relativos a cada setor da empresa.⁹⁸

Nesse contexto, o *criminal compliance* revela-se um instituto de prevenção criminal⁹⁹, e de controle social¹⁰⁰ que atua de forma *ex ante* ao delito, ou seja, antes da incidência da norma penal¹⁰¹ (e, na realidade, com o objetivo de evitar a incidência dessa norma)¹⁰², diferentemente do direito penal tradicional que atua *ex post*¹⁰³.

Desse modo, no campo do *criminal compliance*, o direito penal adquire uma nova perspectiva. Ante a premente necessidade de prevenir e reprimir a criminalidade empresarial, o poder público incumbe aos agentes privados a responsabilidade de prevenir, investigar e informar eventuais ilícitos praticados, através da imposição de sanções penais ou de incentivos legais. Contudo, apesar de parecer ter sido “excluído” do âmbito empresarial, o Estado continua a atuar de forma ativa na consecução da política criminal, adaptando-se ao cenário econômico-financeiro globalizado.¹⁰⁴

-
98. SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199. p. 184.
99. BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013.
100. NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. Política Criminal, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 29.
101. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375. p. 351.
102. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375. p. 351.
103. Nesse aspecto, Saavedra elucida que o direito penal tradicional trabalha com a análise de condutas que já violaram algum bem jurídico digno de tutela penal, ao passo que o criminal compliance analisa os controles internos e as medidas que podem prevenir determinados delitos. Cf. SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), São Paulo, ano 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexoes-iniciais-sobre-criminal-compliance>. Acesso em: 13 nov. 2015.
104. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário globalizado no qual as atividades empresariais exercem suas atividades favorece o aumento da delinquência econômica, já que fatores como a abertura das economias, a redução das distâncias e os avanços tecnológicos se tornam instrumentos para a prática de crimes.

Aliado a esses aspectos, existem ainda uma série de elementos capazes de caracterizar a empresa como um ambiente propício para o cometimento de crimes, podendo-se afirmar que é um ambiente criminógeno. Isso não significa que todas as empresas serão alvo de ilícitos em seu interior, mas, sim, que o ambiente é favorável para tanto e que há uma grande probabilidade de que crimes venham a ser praticados em seu interior com a utilização dos instrumentos próprios ao desenvolvimento da atividade empresarial.

O Estado, entretanto, não possui capacidade para exercer isoladamente as funções de prevenção e repressão a essa forma de criminalidade, ante a sofisticação dos instrumentos utilizados para o crime, a dificuldade de estabelecer responsabilidades penais no marco empresarial e o fato de que muitos crimes são praticados em mais de um país, o que enseja a necessidade de colaboração do particular nessa atividade.

Visando essa colaboração das empresas para que colaborem no cumprimento das leis, o poder público utiliza-se da autorregulação regulada, de modo que entes particulares e agentes do poder público passam a atuar conjuntamente com o objetivo de combater a criminalidade.

Nesse contexto se insere o *compliance*, que corresponde a uma forma de gestão da atividade empresarial conforme não só ao Direito, mas também a valores e princípios éticos. Através dessa forma de gestão destinam-se os recursos e esforços para que se alcance, com a maior eficiência possível, o grau de cumprimento aos parâmetros fixados.

Assim, o *criminal compliance* corresponde a uma adaptação da política criminal ao cenário econômico-financeiro globalizado em que, apesar de modificada, a atuação estatal ainda permanece ativa. Ou seja, ainda que determinadas funções – até então exclusivamente

estatais – passem a ser desempenhadas por particulares, o Estado não se desincumbe de seus deveres e intervém de forma regulatória, controlando, direcionando e definindo a atuação empresarial. Os agentes privados, pode-se afirmar, correspondem a um instrumento do Estado na prevenção e controle à criminalidade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_

Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CAPRA, Frijot. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate, São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 29 set. 2015.

FERGUSON, Niall. A grande degeneração: a decadência do mundo ocidental. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Capítulo III – Da responsabilização administrativa: comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord). Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014, p. 137-161.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51-76.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). Temas de anticorrupção & compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. El processo de privatización de la seguridad. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 141-161.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas e neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 221-242.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelior Libros Jurídicos, 2008.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3. ed. Coimbra: Centelho, 1978.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

PADRÓS, Enrique Serra. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste. *O século XX: o tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 228-266.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

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 Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

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*. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319-331.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: *Boletim IBCCRIM* (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), São Paulo, ano 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SALDIVIA, Laura. El derecho y la soberania en la Globalización. In: TEUBNER, Gunther; SASSEN, Saskia; KRASNER, Stephen;

SALDIVIA, Laura. Estado, soberania y globalización. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010. p. 19-63.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 23, n.114, mai-jun./2015, p. 341-375.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) El derecho penal económico en la era compliance. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. p. 63-109.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 265-286.

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

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. Corruption perceptions index 2014. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 12 set. 2015.

CAPÍTULO II

DESVIOS DE PERSONALIDADE EM GRUPOS EMPRESARIAIS E NEUTRALIZAÇÃO POR COMPLIANCE: UMA TENTATIVA PARA MINIMIZAR O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NO HORIZONTE DA CRIMINALIDADE?

EVELIN STEIDEL

Bacharel em direito pela Universidade do Contestado – Campus de Canoinhas/SC,
Especialista em Direito Criminal pelo Unicuritiba. Advogada.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Procurador de Justiça junto ao MP-PR. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor de Direito Penal Econômico junto ao Programa de Mestrado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal da FEMPAR, EMAP, CERS.

INTRODUÇÃO

O problema ora proposto concentra-se na fenomenologia da corrupção, na falta de consenso e compreensão acerca dos motivos de sua ocorrência. De que forma a psicanálise e a psicologia podem ajudar a compreender o campo subjetivo dos indivíduos e o agir em grupo no cenário empresarial?

Tradicionalmente a corrupção tem sido um tema vinculado à função pública, mas na atualidade a corrupção privada vem sendo cada vez mais comum, sendo que de forma tímida e gradual o direito vem buscando soluções também para esse fenômeno.¹

1. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 161.

Em paralelo, cada vez mais se visualiza o peso da atuação do corruptor – normalmente, ligado a agentes privados – no cenário da corrupção de funcionários públicos. Isto reforça certo esforço político-criminal centrado menos no agente público corrupto e mais na contenção da força corruptora de grandes empresas e corporações, por vezes com maior poder que as administrações públicas corrompidas.

Contudo, não basta de lege ferenda criminalizá-las, com apelo à responsabilidade penal do ente coletivo. Antes, deve-se compreender a corrupção (não apenas seu conceito formal), razão pela qual o fenômeno será abordado tanto no campo da psicanálise, como da psicologia cognitiva-comportamental. No âmbito da organização empresarial corruptora, aborda-se a correlação entre os desvios cognitivos-comportamentais de seus membros e as práticas antiéticas e corruptas no agir em grupo.

Essa abordagem é necessária para a melhor entendermos como o compliance e o criminal compliance podem neutralizar a corrupção, com a ajuda de um oficial de cumprimento ou um departamento específico, através do dever de vigilância e da implantação, nas organizações empresariais, de programas de cumprimento normativo.

1 CORRUPÇÃO ENQUANTO OBJETO DA PSICANÁLISE E DA PSICOLOGIA

Corrupção, segundo consta no dicionário on-line Michaelis, tem raiz no latim *corruptione* e significa “ação ou efeito de corromper”, “decomposição”, “putrefação”, “depravação”, “desmoralização”, “devassidão”, “sedução” e “suborno”. Atribuir um significado único e singular ao termo não é tarefa fácil, eis que inserido em diversos campos de estudo:

Segundo Brei (1996), a dificuldade de consenso sobre o conceito de corrupção deve-se à inserção do tema em distintos campos disciplinares, o que confere ao fenômeno significados variados, ainda que seja imprescindível a junção do Direito, da Ciência Política e da Administração (no mínimo) para a correção das distorções nas instituições nas quais há corrupção (SPECK, 2000). (...) Segundo o Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção,

é realmente muito difícil definir todas as situações que podem ser classificadas como corrupção. De todo modo, o referido grupo exemplifica, mesmo que não exaustivamente, um rol dos crimes de corrupção estabelecidos pelos mais diferentes países: pagamento de suborno no âmbito do país ou em transações comerciais internacionais, tráfico de influência, abuso de poder, enriquecimento ilícito, suborno no setor privado, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça.²

Um dos conceitos mais interessantes e completos define a corrupção como:

(...) relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência de renda dentro da sociedade ou do fundo público para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos ocorre com o uso de propina ou de qualquer tipo de *pay-off*, *prêmio ou recompensa* (...).³

Todavia, interessa-nos mais a corrupção vista pela ótica da psicanálise e da psicologia cognitiva, a forma como se institui dentro de grupos empresariais, para posterior análise acerca de sua neutralização através do compliance. Assim, segue inicialmente o olhar psicanalítico acerca do fenômeno. Na sequência, aborda-se a mirada da psicologia cognitiva.

1.1. A CORRUPÇÃO NA ÓTICA DA PSICANÁLISE

Segundo estudo de Marion Minerbo, para a psicanálise, a corrupção pode ser compreendida como um fenômeno que tem origem através da combinação de três espaços psíquicos distintos, quais sejam, o individual, marcado por um funcionamento mental paranoico; o intersubjetivo, no qual o indivíduo que tem poder abandona a razão, através do convívio com outros indivíduos; e

2. SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnoldo Jose de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução. Revista de Administração (São Paulo) vol.48 no.1 Jan./Mar. 2013. ISSN 0080-2107. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080-21072013000100005&script=sci_arttext>. Acesso em 13/09/2015.

3. CGU; INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL; GRUPO DE TRABALHO DO PACTO EMPRESARIAL PELA INTEGRIDADE CONTRA A CORRUPÇÃO, 2009.

por fim o institucional, em que a corrupção se torna verdadeira instituição.

Através do entrecruzamento desses três campos da psique, originam-se três tipos de corrupção distintas, quais sejam: como sintoma de uma estrutura patológica; como efeito de um desvairamento; como modo de vida.

1.1.1 CAMPO INDIVIDUAL

Minerbo esclarece que o funcionamento paranoico é ligado ao espaço psíquico individual, sendo que o termo “indivíduo” se refere tanto a uma pessoa, quanto a um grupo, citando como exemplo, um partido político.

Psiquicamente, o paranoico não é capaz de conceber, nem de processar, situações complexas. Ele, simplesmente, não tem esse “chip”. Por isso, as situações são simplificadas e reduzidas a um esquema binário, no qual o bem e o mal são vividos como absolutos. Sua visão de mundo é sempre “nós, os bons, contra eles, os maus”. O paranoico se percebe como perfeito, melhor do que os outros: é justo, correto e bom, enquanto os outros são injustos, estão errados e são do mal. Candidamente, ele se põe no centro do mundo: só existe uma opinião, a dele. Por isso, tem a expectativa sincera de que o outro reconheça sua superioridade e se submeta a ele, renunciando a suas próprias necessidades e desejos. Espera amor incondicional. É autoritário, tem ideias de grandeza, certezas absolutas e não admite críticas. Se alguém tem uma opinião diferente, é visto como desleal e traidor. Ou, então, é visto como incapaz e fraco, digno de desprezo. O paranoico também não tem o “chip” que lhe permitiria empatizar com o sofrimento do outro; não o vê como um “semelhante”, que tem as mesmas necessidades e os mesmos direitos.⁴

Por conseguinte, a psicanalista esclarece que o paranoico luta para defender suas crenças, independente de que, se para isso, terá que violar a lei.

Para o paranoico, seus objetivos, que são sempre bons, justos e nobres, justificam os meios. Ele fará qualquer coisa para alcançar seus objetivos. Se é acusado de

4. MINERBO, Marion. A corrupção no divã. Revista Psique – Ciência e Vida. Ed. 109. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/109/artigo337880-1.asp>>. Acesso em 13/08/2015.

alguma coisa, se ofende, porque a acusação é vivida como injusta. Sente-se, cronicamente, lesado em seus direitos. Por isso, é ressentido e rancoroso. Estrutura-se em torno do ódio ao outro, sempre visto como inimigo e como ameaça a seus projetos pessoais. Nessas condições, o paranoico pode se tornar violento e as pessoas sentem medo dele. Para Elias Canetti, o paranoico, como o ditador, sofre de uma doença do poder. Esta se caracteriza por uma vontade patológica de sobrevivência exclusiva e por uma disposição, ou mesmo um impulso, para sacrificar o resto do mundo em nome da sobrevivência.⁵

Como se vê, o paranoico está suscetível à corrupção, eis que possui um desejo intrínseco por poder e controle, estando disposto a sacrificar os demais para alcançar o que deseja e acredita merecer.

1.1.2 CAMPO INTERSUBJETIVO

O campo da psique, que nos traz melhores explicações acerca do fenômeno da corrupção, é o intersubjetivo.

Para a Psicanálise, ninguém enlouquece sozinho, mas no espaço psíquico constituído pela relação com outros sujeitos. O poderoso pode enlouquecer num vínculo com pessoas que, sistematicamente, assumem uma posição reverente, intimidada, subserviente, de devoção fascinada e apaixonada. Por todas as características já descritas, o paranoico está bem talhado para produzir, exatamente, este tipo de reação nas pessoas que o cercam. Aliás, é a mesma atitude acrítica que a criança pequena tem em relação aos pais, que são vividos como aqueles que “podem tudo”. O poderoso enlouquece quando se identifica com isso, isto é, quando “acredita”, na mensagem que lhe é transmitida, inconscientemente, pelo lado mais infantil das pessoas com quem convive: que ele é superior aos outros e, por isso, tem o direito e o dever de gozar mais do que todos. Desta perspectiva, a corrupção pode ser entendida como sintoma de certo tipo de enlouquecimento – não no sentido de doença mental, mas no de *hybris*, palavra que, em grego, significa excesso ou desmesura. A *hybris* pode acometer a pessoa que tem poder político, financeiro e/ou simbólico. Sua loucura consiste em tentar se igualar aos deuses – que não precisam temer nada, porque estão acima do bem e do mal. Quanto mais ficamos fascinados numa posição de submissão apaixonada, menos nos atrevemos a lhe mostrar que a lei vale para todos, e mais contribuimos

5. MINERBO, Marion. A corrupção no divã. Revista Psique – Ciência e Vida. Ed. 109. Disponível em: <<http://psiquienciavevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/109/artigo337880-1.asp>>. Acesso em 13/08/2015.

para enlouquecer quem tem poder.⁶

Conforme exemplo, a relação entre sujeitos, em um determinado grupo, pode vir a adoecê-los psiquicamente no sentido de que cada indivíduo, sistematicamente, assuma uma posição subserviente, enquanto outro assume o total controle. Nesta moldura, o paranoico costuma ocupar o papel de quem detém o poder e passa a violar o direito por se considerar acima dele, e não ser reprimido pelos demais que o temem.

1.1.3 CAMPO INSTITUCIONAL

No terceiro campo da psique estudado, tem-se a institucionalização da corrupção. Dá-se a partir do momento em que o indivíduo cede ao seu desejo de gozar plenamente, mais que todos os outros sujeitos.

Para a Psicanálise, os sistemas simbólicos instituídos, em certa época e lugar, formam o pano de fundo de nossa vida psíquica. Isso quer dizer que instituem ideias e valores que determinam nossa maneira de sentir, pensar e agir. Ora, a corrupção pode deixar de ser uma prática ocasional para se tornar uma instituição. Esse processo tem duas fases: a desnaturação das instituições democráticas e a instituição da corrupção.

A primeira acontece quando alguém que ocupa, formalmente, o cargo de representante de uma instituição, se “demite psiquicamente” de seu lugar simbólico. Ele deixa de sustentar, por meio de seus atos cotidianos, os valores instituídos. Em vez disso, coloca interesses pessoais acima dos interesses da instituição. O efeito dessa “demissão” é a corrupção e a desnaturação da própria ordem simbólica, que funda e sustenta aquela instituição.⁷

A partir do momento em que ocorre a institucionalização da corrupção, ela se torna uma cultura que tende a se proliferar dentro do grupo em que foi institucionalizada, inferiorizando a compreensão da lei, colocando-a abaixo dos desejos individuais do sujeito.

6. MINERBO, Marion. A corrupção no divã. Revista Psique – Ciência e Vida. Ed. 109. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/109/artigo337880-1.asp>>. Acesso em 13/08/2015.

7. MINERBO, Marion. A corrupção no divã. Revista Psique – Ciência e Vida. Ed. 109. Disponível em: <<http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/109/artigo337880-1.asp>>. Acesso em 13/08/2015.

1.2 O OLHAR DA PSICOLOGIA COGNITIVA SOBRE A CORRUPÇÃO E OS DESVIOS COGNITIVOS NAS AÇÕES EM GRUPO.

Antes de aprofundar o estudo acerca de como o fenômeno da corrupção é tratado dentro da psicologia cognitiva, e como ela identifica ações humanas presididas por desvios de percepção e cognição – alguns, típicos da atuação em grupos –, impende conceituá-la. Valemo-nos de Alina Galvão Spinillo e Antônio Roazzi:

A psicologia cognitiva refere-se ao estudo do conhecimento, conseqüentemente envolve a investigação de tópicos relevantes à educação, tais como: aprendizagem, pensamento, raciocínio, formação de conceitos, memória, inteligência, etc.⁸

No caso, o contributo da psicologia cognitivo-comportamental consiste na identificação de como se dá o “aprendizado” das práticas de corrupção. Para a psicologia cognitivo-comportamental, a corrupção de uma pessoa resulta de haver recebido um reforço positivo em algum momento, v.g., um ganho, por algo que ela fez, mesmo que o ganho tenha sido obtido através da violação da lei. A tendência é de que ela continue repetindo o comportamento em decorrência da recompensa obtida. No outro extremo do ato de corrupção, a ação do corruptor também é, de algum modo, recompensada. Nela, impera o mesmo tipo de reforço.

Para explicar este fenômeno e sua eventual origem em desvios cognitivos – ou seja, atalhos simplificadores da compreensão das circunstâncias da atuação humana –, dentre as várias teorias do comportamento existentes (brevemente, Teoria da Aprendizagem Social de Bandura e Walters, Teoria do Reforço Operante de Skinner, Teorias do Eu (Self), atribuída pioneiramente a Willam James, Teorias da auto-atualização de Goldstein, Teoria da auto-atualização de Maslow, Teoria do Eu de Rogers e Teoria Existencial de Boss⁹, avulta a Teoria do Estímulo e Reação de Miller e Dollard.

8. SPINILLO, Alina Galvão; ROAZZI, Antônio. Psicologia: Ciência e Profissão vol. 9 n.3. Brasília, 1989. ISSN 1414-9893. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300008>. Acesso em 15/08/2015.

9. LINDZEY, Gardner; HALL, Calvin S., THOMPSON, Richard F. PSICOLOGIA. Ed. Guanabara Koogan S.A. Rio de Janeiro. 1977.

Com efeito, esta teoria possui boa capacidade explicativa da gênese dos atos de corrupção, ao estudar a associação entre um determinado estímulo e uma conseqüente reação. Alinha-se com as premissas da psicologia cognitiva, concentradas em processos, estruturas e funções mentais. “É a mente que dá ao comportamento seu caráter distintivamente humano”.¹⁰ Dentro dos processos mentais humanos, vieses ou desvios de cognição, indicativos da ausência de plenitude da compreensão dos fatores circunstanciais que emolduram a conduta, podem imperar, de modo a determiná-la.

Quando as pessoas analisam as causas do comportamento, mostram vieses consistentes. (...) Alguns desses vieses derivam de atitudes e valores (Feather 1985). Essa tendência para enfatizar disposições é tão esperada que é chamada de erro fundamental de atribuição ou viés (Harvey e Weary, 1984; Kelley, 1979. (...))¹¹

Linda L. Davidoff aponta que, do mesmo modo que tendemos a achar que temos mais mérito do que na verdade temos, quando trabalhamos em um projeto conjunto, tendemos a valorizar mais o projeto elaborado pelo grupo a que pertencemos, do que o de outros grupos (Thompson e Kelley 1981). Esclarece que certos efeitos de desvios de cognição são-nos convenientes, para salvar a própria pele, e também em virtude das informações disponíveis. Esclarece ainda: o que parece ser um viés (desvio) conveniente pode também estar emergindo do desejo de se apresentar favoravelmente, para evitar embaraço ou obter aprovação (Harvey e Weary, 1984; Mehlman e Snyder, 1985).¹²

Davidoff, quando trata de processos de atribuição de desvios cognitivos derivados da atuação humana em grupo, enfatiza que - como animais sociais - as pessoas frequentemente se agrupam e que cada grupo segue seu conjunto de padrões ou normas. Tais normas podem ser impostas através de pressão aplicada pelos membros do

10. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 13.a

11. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 636.

12. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 636-637.

grupo ou por seu líder¹³. Nestes termos, a aprovação do grupo e o sentimento de pertencimento são circunstâncias cuja percepção é selecionada e reforçada na mente do agente corruptor, instando o ato de corrupção, com abandono da compreensão plena do quadro de circunstâncias em que a ação ocorre.

Outro ponto que relaciona o agir em grupo com o processo de atribuição de desvios de cognição é a conformidade. Aponta-se que o comportamento conformista (concordância) e crenças conformistas (aceitação) irrompe dentro de quatro padrões possíveis: concordância e aceitação, concordância sem aceitação, aceitação sem concordância, e ausência de aceitação e de concordância. Para melhor compreensão, tem-se o seguinte exemplo:

Suponha que Daniel sinta-se pressionado a beber nas noites de sexta feira porque todos os seus amigos fazem isso. Nossa análise sugere que Daniel tem quatro opções: (1) Ele pode aderir alegremente ao grupo (concordância, aceitação). (2) Pode ceder, embora ache que, bebendo, está sendo covarde (concordância, não aceitação). (3) Pode decidir não beber, enquanto no íntimo deseja fazer isso – talvez para agradar a namorada (não concordância – aceitação). (4) Finalmente, pode concluir que beber está prejudicando o cérebro e destruindo o fígado dele e permanecer sozinho (não concordância, aceitação).¹⁴

Importante ilustrar que algumas pessoas se sentem mal por não participar de algum grupo ou atividade, outros indivíduos comparam a conformidade com vender-se ou ser controlado pelas pessoas.

Ainda dentro do processo de atribuição e conformidade, outra questão que merece destaque, é a conformidade informativa.¹⁵¹⁶ Dependendo da competência e da natureza da tarefa, as pessoas podem ou não se conformar, ocorrendo a competência relativa ou a ambiguidade de tarefa. A competência relativa ocorre quando as pessoas se sentem menos capazes que outros membros do grupo –

13. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 640-641.

14. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 641.

15. Conceito de conformidade informativa: é a concordância motivada pelo desejo de melhorara exatidão das informações que possuímos.

16. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 642.

então, adotam mais facilmente julgamentos alheios. Na ambiguidade de tarefa, quando um trabalho é muito árduo ou difícil de entender, as pessoas concordam com os outros.¹⁷

Outro tópico que interfere no comportamento de grupo é a obediência, uma vez que ao obedecer outras pessoas, o indivíduo abandona os julgamentos pessoais e tende a cooperar com as autoridades. Assim como na conformidade, há submissão diante de pressões externas. As pessoas obedecem com o fim de receber recompensas, como aprovação, prestígio, promoções e dinheiro, ou ainda, para evitar punições, como desaprovação, multas, agressões ou prisões.

A partir do estudo de grupos de referência e identificação, é possível entender que todos os grupos aos quais pertencemos possuem um conjunto implícito ou explícito de crenças, atitudes e comportamentos que consideram corretos, mas que são passíveis de erros, ou seja, desvios de cognição e conduta. Qualquer membro do grupo que se desvia destas normas sociais se arrisca ao isolamento e desaprovação. Assim, através de recompensas e punições sociais, os grupos aos quais pertencemos obtêm ou não nossa conformidade. Se admirarmos ou respeitarmos outros indivíduos ou grupos, podemos obedecer suas normas e adotar suas crenças, atitudes e comportamentos, a fim de sermos como eles, identificando-nos com eles. Esse processo é chamado de identificação.¹⁸

Na suma, foram expostos alguns estímulos para a adoção de determinados comportamentos em grupo, cuja prática é reprovável externamente, inclusive pela tábua de valores endossados pelas normas jurídicas. Internamente ao grupo, a necessidade de aceitação e aprovação, a conformidade, a diferença de competências, a tendência à obediência, dentre outros fatores, opera em favor do comportamento externamente reprovável, dando impulso à sua prática.

Adiante, estabelece-se um pequeno quadro, não exaustivo, de desvios cognitivos que influenciam na realização de condutas desviantes no âmbito empresarial.

17. DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 642.

18. ATKINSON, Rita L. et. al. Introdução à psicologia de Hilgaard. Tradução de Daniel Bueno. Artmed. 13ª Ed. 2002. p. 687.

2 A INFLUÊNCIA DOS DESVIOS COGNITIVO-COMPORTAMENTAIS NAS PRÁTICAS ANTIÉTICAS E DELITIVAS DENTRO DE EMPRESAS

Sem embargo da abordagem inicial acerca dos desvios de comportamento em grupos, acima realizada, imprescindível esclarecer a diferença entre desvio (viés) cognitivo e falácia lógica:

Uma falácia é uma falha de raciocínio (ataque ad hominem, declives escorregadios, argumentos circulares, apelo à força e etcetera). Um viés cognitivo, por outro lado, é uma deficiência genuína ou limitação do nosso pensamento – como um erro de julgamento causado por uma falha de memória, atribuição social ou erro de cálculo (como erro estatístico ou um falso senso de probabilidade).¹⁹

Importante lição é trazida na obra de Marco A. C. Cepik e Christiano C. Ambros, na qual esclarecem que, segundo HEUER, Richard J.:

(...) vieses cognitivos são erros mentais causados por nossas estratégias simplificadas de processamento de informações. (...) Um viés cognitivo não é resultado de uma predisposição emocional ou intelectual para determinado julgamento, mas sim de um processo mental subconsciente de processamento de informações.²⁰

De fato, conforme ensinamento trazido por Jesus Maria Silva Sánchez, os sesgos (desvios) cognitivos consistem em uma racionalidade limitada.²¹ O doutrinador traz algumas observações realizadas a partir das teses do behavioral law and economics²² (teoria comportamental de direito e economia) e da psicologia cognitiva.

A primeira observação se refere à racionalidade limitada, segundo a qual qualquer agente opera com limitações cognitivas,

19. HEAVYRICK, Ricardo. Vieses Cognitivos. História e Caos. 2013. Disponível em: <<http://historikaos.blogspot.com.br/2013/05/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 13/09/2015.

20. RICHARD J. Heuer, 2010 apud CEPIK, Marco A. C.; AMBROS, Christiano C. Explicando falhas de inteligência governamental: fatores histórico-institucionais, cognitivos e políticos. *Varia história*. 2012, vol.28, n.47, pp. 79-99. ISSN 0104-8775. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-87752012000100005>. Acesso em 13/09/2015.

21. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 204.

22. Teoria de direito e economia comportamental que busca compreender as implicações do real comportamento humano para a lei, não meras hipóteses (Cf. JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998).

tais como erros de percepção, erros de análises e julgamentos tendenciosos. A segunda é a chamada força de vontade limitada, no qual o agente possui um autocontrole limitado, onde apesar de estar consciente de que certas decisões possam prejudicá-lo a longo prazo, leva em consideração os benefícios recebidos a curto prazo. Aqui, tem-se um desvio volitivo, e não cognitivo. A terceira refere-se ao auto-interesse limitado, onde o agente procura tratar o próximo de forma justa e equitativa, mas o faz esperando receber o mesmo tratamento, e quando não o recebe age de forma rancorosa.

De tais conceitos, é possível entender que o behavioral law and economics busca demonstrar que as pessoas, individualmente ou em grupo, não são perfeitamente racionais e não processam as informações de forma reflexiva e prevendo as consequências de seus atos.

Não há dúvidas que a ocorrência desses desvios de cognição, tanto individuais como em grupos, poderá afetar a prática de suas atividades laborativas dentro de grupos empresariais, haja vista que, uma vez que um determinado indivíduo esteja acometido por um desvio de cognição relativa a uma perspectiva antiética, poderá influenciar os demais membros da instituição.

A título exemplificativo, identificam-se atalhos de compreensão das circunstâncias que rodeiam ações humanas, caracterizadores de desvios cognitivos:

a) Ilusão de controle: a tendência das pessoas em acreditar que podem controlar ou ao menos influenciar resultados que claramente não podem. Relacionado ao pensamento mágico, conhecido como wishful thinking.²³

Jesus Maria Silva Sánchez descreve este viés da seguinte forma:

(...) este desvio se dá quando um sujeito acredita que pode influenciar ou controlar determinadas situações em que, na realidade, o azar e outros fatores alheios a sua vontade desempenham um papel muito mais determinantes.²⁴ (Tradução Nossa)²⁵

23. DREWS, Cláudio. Vieses Cognitivos (em andamento), 2010. Psicologia RG. Disponível em: <<http://psicologiarg.blogspot.com.br/2010/04/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 16/09/2015.

24. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 210.

25. (...) este sesgo se da cuando un sujeto cree que puede influir o controlar determinadas

É possível observar a ilusão de controle em situações onde relações de poder são importantes, tais como na política e na área corporativa. Um bom exemplo é o sujeito que sente ter mais poder do que na verdade possui quando promovido, passando a se comportar de forma inapropriada de acordo com sua ilusão.

b) Escalada irracional ou sesgo de confirmação: tendência de o indivíduo tomar decisões irracionais, baseadas em decisões racionais passadas, ou para justificar ações passadas.

Silva Sánchez trata desde desvio como “*sesgo de la confirmación*”, no qual o agente reúne ideias e teorias que possam servir para a tomada de decisões cotidianas, passando a buscar provas para confirmar sua tese, trazendo o seguinte exemplo:

Este se dá por exemplo, quando um investigador espera um determinado resultado, tendendo logo a “manipular um experimento, a mal interpretar seus dados com o fim de encontrar o resultado esperado”²⁶. (TN)²⁷

Silva Sánchez ensina ainda que se deve integrar a tal grupo de desvios a tendência de realizar um juízo crítico de certa informação quando esta contradiz as crenças do sujeito.

Note-se que este desvio cognitivo não opera necessariamente no ambiente de um grupo – seja estável, como organizações empresariais, seja episódico, como uma reunião espontânea qualquer, v.g., uma manifestação política. O desvio de confirmação preside a atitude humana em qualquer ambiente. Está implicado mesmo em decisões cotidianas individuais.

c) desvio de grupo: semelhante ao *sesgo* de confirmação, é uma manifestação da necessidade humana de estreitar laços, potencializado pela oxitocina, neurotransmissor que ao mesmo tempo em que ajuda a fortalecer laços com pessoas do mesmo grupo, causa o efeito contrário com pessoas de outros grupos. Este

situaciones en las que, em realidad, el azar y otros factores ajenos a su voluntad desempeñan un papel mucho más determinante.

26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 210.

27. Éste se da por ejemplo, cuando un investigador espera un determinado resultado, tendiendo luego a “manipular” un experimento a malinterpretar sus datos con el fin de encontrar ese resultado esperado.

viés nos faz superestimar as habilidades e valores de nosso grupo, mesmo que nós não as conheçamos realmente.²⁸

É possível observar esse desvio nos casos em que, por exemplo, em um determinado grupo de trabalho, seus membros valorizam apenas as ideias deles próprios, rejeitando ou inferiorizando a de outras pessoas ou grupos, ainda que estas sejam mais apropriadas ao caso, vindo a prejudicar a instituição.

d) Efeito de arrasto ou oportunismo, instinto de rebanho ou *Effect. Bandwagon* (efeito de grupo, efeito de manada): desvio cognitivo relacionado com o desejo de se integrar, adaptar e conformar, é uma tendência de adotar opiniões e seguir o comportamento da maioria com o intuito de se sentir em segurança.

Tendência de fazer ou acreditar em algo por que muitas outras pessoas fazem ou acreditam na mesma coisa. Relacionado ao pensamento de grupo (*groupthink*), comportamento gregário (*herd behavior*) e à falácia *argumentum ad populum* (“a voz do povo é a voz de Deus”).²⁹

O efeito de arrasto é o que normalmente causa comportamentos que se propagam entre os grupos de indivíduos, independentemente de evidências ou motivos.³⁰

Exemplo: indivíduos que, em vez de escolherem um candidato através da análise de suas propostas e de seus ideais, simplesmente escolhem o que está em maior vantagem devido a pesquisas.

e) Efeito de excesso de confiança: a doutrina de Silva Sánchez ensina que neste desvio “os agentes tendem a ter mais confiança em seus próprios conhecimentos e habilidades e juízos do que a realidade de sua atuação”³¹ (TN)

28. HEAVYRICK, Ricardo. Vieses Cognitivos. História e Caos. 2013. Disponível em: <<http://historikaos.blogspot.com.br/2013/05/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 13/09/2015.

29. DREWS, Cláudio. Vieses Cognitivos (em andamento), 2010. Psicologia RG. Disponível em: <<http://psicologiarg.blogspot.com.br/2010/04/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 16/09/2015.

30. HEAVYRICK, Ricardo. Vieses Cognitivos. História e Caos. 2013. Disponível em: <<http://historikaos.blogspot.com.br/2013/05/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 13/09/2015.

31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 208.

O excesso de confiança – associado ao desvio de confirmação – no ambiente corporativo, poderá ter efeitos negativos, uma vez que o indivíduo poderá descartar informações precisas para considerar suas crenças individuais.

f) Desvio de excesso de otimismo: prevalece nos sujeitos que tendem a observar sempre o aspecto mais favorável e positivo das coisas, motivo pelo qual costumam ver suas ações sempre com êxito e não com fracasso. Sánchez esclarece que tais atitudes quando demasiadas podem conduzir a erros sistemáticos na tomada de decisões.³² É evidente o prejuízo para a organização e todos aqueles que de alguma forma se relacionam com ela.

g) Desvio egoísta: quando o agente se aponta apenas como autor de seus acertos e êxitos e afasta a responsabilidade por seus erros.³³ Nesse caso, os prejuízos para a instituição e a prática de atos antiéticos e corruptos é manifesto, uma vez que o sujeito buscará ocultar seus atos considerados errados e falhos.

h) Efeito Hawthorne: tendência dos indivíduos se comportarem de forma diferenciada, quando sabem que estão sendo observados. Esse desvio de cognição foi descoberto em estudo realizado numa empresa de Illinois, no bairro Hawthorne, USA, em 1920. No experimento, foi observado que selecionar um grupo de trabalhadores para participar de um estudo faz com que seus membros hajam de forma diferente dos demais.³⁴ Esse desvio provavelmente é o mais comum nos indivíduos envolvidos em casos de práticas antiéticas, de corrupção e descumprimento de normas, eis que normalmente tais práticas demoram a serem descobertas, pois o sujeito busca ocultá-las através de um bom comportamento quando observado.

Vistos os principais desvios de cognição que se relacionam com o comportamento corrupto (ativo ou passivo), cumpre destacar a relevância desta abordagem, antes de adentrarmos à exposição de detalhes sobre os programas de *compliance*, vez que

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 209.

33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 211.

34. GRESSLER, Lori Alice. Introdução à pesquisa: projetos e relatórios. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Loyola, 2004. p. 67.

um de seus principais deveres é o de vigilância. Os programas objetivam a prevenção de riscos. Para tanto, necessitam atentar para os citados desvios, ocorrentes nos membros da organização em que o programa incide.

Aborda-se, agora, o campo do *compliance*. Após, discorre-se sobre a forma como o respectivo programa pode evitar o cometimento de crimes e os riscos, provenientes dos desvios de cognição, que os suscitam.

3 COMPLIANCE: CONCEITO, NATUREZA E ORIGEM

Vencida a parte que trata da compreensão da fenomenologia da corrupção através da psicanálise e psicologia, especialmente sobre os desvios cognitivo-comportamentais, ainda antes de adentrarmos na neutralização desses desvios, e na mitigação da corrupção através do *compliance*, dentro das instituições privadas, imprescindível estudar a fundo o que é o *compliance* e seus desdobramentos.

Compliance vem do verbo to *comply*, que significa conformidade, agir de acordo com uma regra ou comando. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização.³⁵ Explicação mais completa encontramos na literatura espanhola:

(...) *compliance* ou programas de cumprimento: Se trata de estabelecer medidas preventivas, obrigações e deveres que evitem o risco de cometimento de delitos no desenvolvimento da atividade empresarial, com a pretensão de que não seja necessária a intervenção penal³⁶ (TN)³⁷

35. MORAIS, Eslei José de. Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34217/R%20-%20D%20-%20ESLEI%20JOSE%20DE%20MORAIS.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10/10/2015. p. 50.

36. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *compliance*”. In Responsabilidad de la empresa y *compliance*: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 166.

37. (...) *compliance* ou programas de cumprimento: Se trata de establecer medidas preventivas, obligaciones y deberes, que eviten el riesgo de comisión de delitos em el desarrollo de la actividad empresarial, con la pretensión de que no sea necesaria la intervención penal.

Silva Sánchez entende que compliance significa “autovigilância”, apesar de os programas de cumprimento não se restringirem apenas ao dever de vigilância em si. Integram-se também de medidas positivas de formação. Não tratam somente de neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo favoráveis a atos ilícitos, senão também de incentivar culturas de grupo de fidelidade ao Direito.

Nesta medida, a cultura de compliance parte da tradição daquela variante da prevenção geral positiva enraizada na doutrina de Welzel sobre a promoção dos valores ético-sociais da ação como via de proteção indireta dos bens jurídicos³⁸ (TN)³⁹

Importa assinalar, porém, que a legislação de cada país – à medida que imponha a adoção de programas de cumprimento normativo – afasta a natureza do *compliance* do perfil estrito de autorregulação para outro perfil: o da autorregulação regulada.

Lado outro, *compliance* também é busca pela aderência entre a ética individual e a coletiva.⁴⁰ Mais ainda: é um investimento em pessoas, processos, conscientização. Por tudo, não deve ser confundido com outras ações, v.g., auditorias internas. A propósito:

Conforme publicado pelo “The Institute Of Internal Auditors” dos EUA, a Auditoria Interna é uma atividade independente, de avaliação objetiva e de consultoria, destinada a acrescentar valor e melhorar as operações de uma organização. (...) Enquanto a Auditoria Interna efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens para certificar-se do cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração, Compliance executa tais atividades de forma rotineira e permanente, monitorando-as para assegurar, de maneira corporativa e tempestiva, que as diversas unidades da instituição estejam respeitando as regras aplicáveis a cada negócio, ou seja, cumprindo as

38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 193

39. En esta medida, la cultura del compliance se enmarca en la tradición de aquella variante de la prevención general positiva que hunde sus raíces em la doctrina de Welzel sobre el fomento de los valores éticos-sociales de la acción como vía de protección indirecta de los bienes jurídicos.

40. SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnoldo Jose de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução. Revista de Administração (São Paulo) vol.48 no.1 Jan./Mar. 2013. ISSN 0080-2107. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080-21072013000100005&script=sci_arttext>. Acesso em 13/09/2015.

normas e processos internos para prevenção e controle dos riscos envolvidos em cada atividade.⁴¹

Como especificação das metas mais abrangentes de um programa de compliance – com endereçamento das pretensões de cumprimento normativo para o universo do direito penal - ganha corpo o “criminal compliance”. Consiste no estudo e implementação dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas pelas organizações com o fim de prevenção de crimes. Uma das principais características do criminal compliance, que o distanciam do direito penal tradicional, é a sua aplicação preventiva, haja vista que aquele opera na análise *ex post* de crimes. Desta forma, o criminal compliance atua *ex ante factum*, buscando prevenir a ocorrência de crimes e, conseqüentemente, evitar a persecução penal, através de controles internos, dentro das empresas ou instituições.⁴²

Quanto à sua origem, os programas de compliance têm como berço a América do Norte, onde foram instituídos com grandes incentivos às empresas e organizações.

A origem dos programas de cumprimento: originaram-se nos Estados Unidos da América, na primeira metade do século passado, em um contexto marcado pelas tensões entre dois extremos: por um lado, a desconfiança do poder empresarial, e por outro, a crença de que a autoregulação empresarial é mais efetiva que a regulação estatal⁴³ (IN)⁴⁴

Segundo sugere Gallego Soler, o auge deste instrumento de regulação corporativo nos Estados Unidos se justifica por dois motivos. Primeiro: uma empresa que possua programa de compliance pode atenuar o montante de sanções pecuniárias. Segundo: no processo norte-americano, o princípio da oportunidade tem grande

41. MANZI, Vanessa A. Compliance no Brasil - Consolidação e Perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 61-62.

42. SAAVEDRA, Giovanni A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRIM. Ano 18. N.º 218, Jan/2011. Pag. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>>. Acesso em 23/08/2015

43. SOLER, José Ignacio Gallego. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 199.

44. El origen de estos programas de cumplimiento se ubica en Estados Unidos de Norteamérica, en primera mitad del pasado siglo, en un contexto marcado por las tensiones entre dos extremos: por un lado, la desconfianza hacia el poder empresarial, y por el otro, la creencia de que la autorregulación empresarial es más efectiva que la regulación estatal.

margem de aplicação, de forma que em certos casos as diretrizes do Ministério da Justiça permitem a retirada do processo penal se existirem programas de compliance.

Na Alemanha, a existência dos programas é comum, tendo impacto na jurisprudência criminal dos crimes omissivos impróprios. A título de exemplo, evoca-se a repercussão de caso no qual o Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal) condenou criminalmente compliance officer por entender que, sendo responsável pela prevenção de crimes dentro da empresa, assumiu posição de garante, tendo, portanto, a obrigação de cuidado, proteção e vigilância.⁴⁵

Por sua vez no Brasil, segundo Giovane Saavedra, o *compliance* surgiu na década de 90.⁴⁶ Contudo, apenas passou a ser estudado pelo direito nos últimos anos, principalmente após o advento da Lei 9.613 de 03 de março de 1998, de lavagem de dinheiro, e da Resolução n. 2.554 de 24 de setembro de 1998 do Conselho Monetário Nacional, sobre a implantação e implementação de controles internos nas instituições financeiras.

Recentemente, os programas de cumprimento passaram a formar parte dos objetos da Lei n.º 12.683/12 (que atualizou a redação da Lei da Lavagem de Dinheiro), e da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Anote-se, também, que a CGU -Controladoria Geral da União publicou uma cartilha sobre o tema. Assim, o modelo brasileiro vai, paulatinamente, encaminhando-se para perfis de autorregulação regulada.

Expostas considerações sobre a definição, natureza e origem dos programas de cumprimento, cumpre trazer ao foco, agora, os papéis desempenhados pelos gestores de empresa, enquanto instituidores do programa de cumprimento, e os encarregados de fazê-lo operar.

45. SAAVEDRA, Giovani A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRIM. Ano 18. N.º 218, Jan/2011. Pag. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>>. Acesso em 23/08/2015.

46. SAAVEDRA, Giovani A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRIM. Ano 18. N.º 218, Jan/2011. Pag. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>>. Acesso em 23/08/2015.

3.1 DEVER DE VIGILÂNCIA: POSIÇÃO DE GARANTE E DELEGAÇÃO DA VIGILÂNCIA

Na Espanha, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que os superiores hierárquicos das empresas e organizações se encontram em uma posição de garante. Integrada por um dever de vigilância⁴⁷, reportada posição exige dos gestores a adoção de medidas que acautelem e evitem a geração de lesões para terceiros. Este aspecto, porém, não é o único molde da posição de garante. De fato, Sánchez esclarece que antedita posição possui uma dupla dimensão: uma dimensão *ad intra*, orientada à prevenção de resultados lesivos para a empresa, que torna o administrador um garante de proteção; e uma dimensão *ad extra*, orientada a prevenção de resultados lesivos que se produzam sobre o público externo, a partir da atividade dos membros da própria empresa. Neste caso, o administrador aparece como um garante de controle.⁴⁸ Esta última, de todo modo, é a que interessa de forma fundamental.

A delegação de competências constitui um mecanismo de transferência da posição de garantia, na medida em que o delegante faz surgir uma posição de garante no delegado, e também, um mecanismo de transformação da posição de garantia, haja vista que ela não se extingue, apenas se transforma, tornando-se secundária e residual. Ao delegante já não compete o dever de controle direto dos riscos que possam existir no âmbito de competência do delegado. De outra face, lhe competem uma série de deveres com objeto diverso, tais quais: a correta seleção, formação – quando necessário – e informação do delegado, o fornecimento a este dos meios necessários para o cumprimento de suas funções, a coordenação da atuação dos diversos delegados.⁴⁹

Na Alemanha, a aproximação dos deveres de superior hierárquico, especialmente do administrador e do conselho de administração, em relação à conduta de seus subordinados, enquadra-se na posição de garantia tradicional de controle sobre pessoas e

47. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 153.

48. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 156.

49. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 158.

coisas perigosas.⁵⁰ A vigilância deve existir e pode cumprir-se de diversos modos, como sistemas de inspeção periódica ou aleatória, estabelecimento de procedimentos e protocolos de informação de baixo para cima, a criação de um órgão específico para tal fim.

Note-se que a infração ao dever de vigilância não é punível em si mesma, mas quando evidencia a incidência dos critérios de imputação objetiva e subjetiva de um tipo de injusto, para além da ilicitude e culpabilidade do agente. Nestes casos, o superior pode ser responsabilizado criminalmente.

Por fim, há que se cercar o dever de vigilância de alguns limites, avultando o respeito à intimidade dos subordinados.

3.2 COMPLIANCE OFFICERS

O *Compliance Office* (Departamento de compliance) é o setor no qual os funcionários são encarregados de monitorar e assegurar que a instituição esteja cumprindo as regras aplicáveis a cada negócio.⁵¹

Tais profissionais são encarregados de avaliar os riscos e criar os controles internos de *compliance* para evitar a responsabilização penal da empresa, bem ainda de investigar potenciais criminosos dentro da mesma.

Saavedra afirma que colocar em prática o compliance, em vez de reduzir as chances de responsabilização, acaba por criar condições para a formação, dentro da instituição, de uma espécie de cadeia de responsabilização penal, uma vez que as atribuições do compliance officer colocam-nos em uma posição de garante, respondendo como se tivessem agido positivamente nas situações em que se omitirem. Ademais, tal posição também pode ser aplicada aos integrantes do Conselho de Administração, eis que detêm o dever de supervisão dos compliance officers.⁵²

50. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 160.

51. MORAIS, Eslei José de. Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34217/R%20-%20D%20-%20ESLEI%20JOSE%20DE%20MORAIS.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10/10/2015. p. 50.

52. SAAVEDRA, Giovanni A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRIM. Ano 18. N.º 218, Jan/2011. Pag. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>>. Acesso em 23/08/2015.

De regra, o papel de garante do *compliance officer* esgota-se com a comunicação da informação aos vértices da empresa acerca do ilícito descoberto ou de focos de possível realização de ilícito. Esta comunicação é dirigida aos instituidores, pois eles são os incumbidos de evitar delito possível ou levar às autoridades aquele já praticado. Setores da doutrina não consideram que o dever de comunicação interna estenda-se, de modo a impor que o *compliance officer* leve o fato ilícito ocorrido às autoridades públicas. Silva Sánchez aponta como caminho viável que o *compliance officer* informe o departamento jurídico ou responsável interno, ou ainda advogados externos.⁵³

Pondere-se, porém, que o silêncio do *compliance officer*, em relação às autoridades públicas, não traduz mera conivência (de regra, não punível). A eventual incidência do art. 13, 2º, a, CP, para enquadrar na posição de garante o *compliance officer*, vai depender do desenho legal do respectivo papel. Em sistemas de autorregulação regulada, ele poderá ser obrigado a comunicar os fatos descobertos para autoridades públicas. Se a não comunicação dá-se no transcurso de evento criminoso, a imputação omissiva imprópria ganha possibilidade. De outro lado, o art. 342, CP, quanto a fatos criminosos já ocorridos, impõe ao *criminal compliance* o testemunho, sendo-lhe vedada a omissão de fatos.

Assim, o *compliance officer* pode ser responsabilizado a título de partícipe (em regra, participação omissiva em crime ativo), situação em que deverá contribuir para o delito de outro através do descumprimento de seu dever de vigilância e deverá ter consciência dessa contribuição, enquanto parte do dolo. Quando o oficial de cumprimento, investido para as tarefas de seu cargo, mediante investigação interna de rotina ou mesmo percepção pessoal, detecta injusto penal em andamento ou por ser cometido, e decide não investigá-lo, responderá a título de partícipe.⁵⁴

53. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 199.

54. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al Oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 331.

4 NEUTRALIZAÇÃO DOS DESVIOS COGNITIVO-COMPORTAMENTAIS E DA CORRUPÇÃO DENTRO DAS INSTITUIÇÕES ATRAVÉS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Os princípios e valores éticos que devem nortear os programas de *compliance* geralmente são comuns entre as empresas, ainda que de ramos diferentes. Todavia, cada empresa possui suas particularidades, razão pela qual cada programa de compliance deverá ser realizado de forma personalizada, buscando prevenir riscos, tanto quanto aos desvios cognitivo-comportamentais, quanto à ocorrência de ilícitudes dentro da instituição, que poderão ser geradas pelos respectivos desvios. Deverá ser observado, no programa, o ramo de atividade e a legislação a ele pertinente, os sujeitos alcançados pelo programa, seus atos e consequências. Eventualmente, o modelo de cumprimento pode impor não só a detecção e comunicação do ilícito aos vértices da empresa, mas sua remediação.

Os desvios de cognição podem se manifestar como erros sistematizados, através da repetição. Sob sua influência, o sujeito trabalha de um modo habitualmente automatizado.

Por essa razão, é necessário analisar o circuito do processo mental que leva o sujeito a trabalhar de forma automatizada. Silva Sánchez aponta que o circuito opera na seguinte ordem: (1) o sujeito tem uma experiência vital; esta experiência é aprendida no sistema intuitivo, onde o sujeito produz de forma irreflexiva um juízo errado, parcial sobre a realidade, um erro; (2) o sujeito se acostuma a trabalhar segundo esse padrão errado de pensar e se comportar; (3) esta repetição conduz o indivíduo a sistematizar o erro; (3) o erro se repete uma e outra vez, dando lugar a um comportamento automatizado.⁵⁵

Um treinamento e monitoramento eficaz poderia evitar, ou ao menos reduzir, os casos de erros irreflexivos, mas inevitavelmente sistematizados. O dever de evitar a automatização das informações exige um dever de cuidado, de atenção e de reciclagem, quando

55. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 219.

necessário. Disso se conclui que o *compliance*, pode reduzir ou até mesmo extinguir os desvios de comportamento, através de sua identificação e posterior adoção de medidas que busquem sua correção. Daí deriva o dever de atualização e revisão periódica da informação que se automatiza e das condutas dos sujeitos da organização, para os programas de cumprimento.

Portanto, há que se considerar que uma boa administração adota um dever prévio de neutralização de desvios cognitivo-comportamentais, uma vez que eles podem gerar inúmeros problemas de relacionamento e comportamento entre os membros da instituição e até mesmo para terceiros, além de eventual criminalidade empresarial.

Imprescindível que a instituição busque uma assessoria jurídica especializada, que conte com suporte de profissionais que tenham conhecimento não só do direito, mas também da psicologia adstrita das relações interpessoais, utilizando-se de um sistema de identificação e controle constante sobre a tendência dos membros da instituição a terem ou desenvolverem desvios cognitivo-comportamentais. A seu turno, a assessoria jurídica deve informar as consequências de se assumir ou ignorar determinados padrões de conduta distorcidos, com desvios e efeitos errados de cognição e comportamento, em todo e qualquer nível hierárquico, uma vez que, se não corrigidos, poderão dar origem a práticas repudiadas pela normativa empresarial.

Impende, por fim, expor as medidas fundamentais que deverão ser adotadas em um programa de compliance a auxiliar na neutralização dos desvios.

4.1 INSTITUCIONALIZAÇÃO

A institucionalização de um programa de *compliance* dentro de uma empresa requer, primeiramente, a delimitação e a distribuição das responsabilidades e das tarefas a serem abrangidas pelo programa. Devem ser diagnosticados, com certa sensibilidade, desvios de cognição, para correção e bom sucesso da institucionalização.

Por iniciativa dos órgãos de cúpula, a institucionalização deverá ocorrer em todos os setores e com todos os colaboradores

da empresa para que o programa seja eficaz. Sobretudo, a aceitação e o sucesso do programa dependerá do alto escalão da instituição, que deverá servir de exemplo de honestidade e transparência para os demais. No caso das sociedades anônimas...

(...) o papel do Conselho é essencial enquanto é ele a quem corresponde a iniciativa de implantar na empresa um sistema de cumprimento e sua gestão. Embora não se possa deduzir existência de uma obrigação geral de estabelecer programas de cumprimento a partir da normativa societária, a sanção penal da empresa por não ter estabelecido os mecanismos de prevenção adequados pode colocar em questão a diligência do administrador. (...) ⁵⁶ (TN) ⁵⁷

Ainda que a iniciativa corresponda ao Conselho de Administração, é comum que a gestão do programa de *compliance* seja delegada, principalmente com o intuito de que o responsável pelo programa seja apto a elaborá-lo e concretizá-lo. Poderá ser criado um órgão colegiado ou até mesmo um departamento de compliance, com delegados em diversas filiais e unidades da instituição, com profissionais de variadas áreas de atuação, tais como assessoria jurídica, recursos humanos, gestão de riscos, comunicação, engenheiros, dentre outros.

É essencial observar, com Dirk Blumenberg e Garcia-Moreno, que o chefe do setor ou órgão de compliance deverá gozar de independência e profundos conhecimentos jurídicos sobre a companhia e o setor econômico em que opera.⁵⁸ Só assim o programa será eficaz

56. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Víctor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 281.

57. (...) el papel del Consejo es esencial en tanto que es a él quien le corresponde la iniciativa de implantar en la empresa un sistema de cumplimiento y su gestión, si bien no puede deducirse la existencia de una obligación general de establecer programas de cumplimiento a partir de la normativa societaria, la sanción penal de la empresa por no haber establecido los mecanismos de prevención adecuados puede poner en cuestión la diligencia del administrador.

58. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Víctor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 283.

4.2 CÓDIGO DE CONDUCTA E SANÇÕES DISCIPLINARES

Os programas de *compliance* não buscam somente evitar que os colaboradores e empregados pratiquem atos penalmente puníveis contra a empresa, mas principalmente a prevenção da criminalidade empresarial, que vitima tanto o público interno (trabalhadores, como a redução à condição análoga a de escravo) como o externo (v.g., consumidores). A tanto, convém a evitação dos desvios já elencados no capítulo 3, buscando o cumprimento das normas legais, administrativas, empresariais, mercantis e demais ligadas com o ramo de atividade da instituição.

Para atingir esse objetivo, as instituições podem optar por um modelo de organização baseado na vigilância de seus empregados e na implantação de diversas medidas de controle.

Poderá ainda, de forma preventiva e menos incisiva, criar uma cultura de legalidade baseada em transparência e integridade institucional, deixando claros desde o início os deveres e também os direitos dos trabalhadores.⁵⁹ Nesta modalidade, são adotados códigos de conduta, em que devem constar os valores e princípios institucionais da empresa, a serem repassados a todos e aplicados no cotidiano corporativo. As funções do código de conduta são:

(...) a primeira, determinar as concretas situações de risco que poderão ocorrer na empresa à luz da legislação a que se aplica; a segunda, informar a todos os membros da entidade quais são suas obrigações a respeito dessas situações de risco e determinar com clareza, para evitá-las, o que consiste no que se pode ou não fazer.

Os códigos de conduta devem trazer respostas às dúvidas tanto dos ocupantes de cargos de diretorias, quanto dos demais empregados, no desenvolvimento de suas atividades.⁶⁰ (TN)⁶¹

59. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 285.

60. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 285-286.

61. (...) la primera, determinar las concretas situaciones de riesgo que se dan en la empresa a

Após a realização e publicação dos códigos de conduta, bem como regimes disciplinares, os membros da instituição deverão receber treinamentos e instruções acerca destes, para que possam realizar suas atividades de forma que estejam aptos a cumprir as normativas estabelecidas.

É imprescindível que junto com o Código e Conduta, seja previsto um sistema de medidas disciplinares. Para que se possa promover um programa de *compliance*, que visa a valoração da ética, deve-se promover um mecanismo de resposta com força coercitiva suficiente para curvar a resistência em cometer atos em desacordo com o programa de cumprimento.⁶²

4.3 CANAIS DE DENÚNCIA

O diálogo e a transparência são fundamentais para o sucesso de um programa de *compliance*, e para que, através dele, seja possível neutralizar os desvios cognitivo-comportamentais que possam originar atos ilícitos, ou mesmo prejudicar as atividades da instituição. O tradicional dever de silêncio imposto aos funcionários, tácito ou expresso, em sinal de lealdade a empresa e aos seus sócios, deve dar lugar a dinâmicas completamente diferentes, baseadas na transparência informativa e no fomento da delação.⁶³

Por essa razão, um programa de *compliance* eficaz deve possuir um canal de denúncias, conhecido como whistleblowing (delação), que funcione corretamente, onde tanto as pessoas que trabalhem na instituição, como as que tenham alguma relação com essa (canal

la luz de la legislación que le es aplicable; la segunda, informar a todos los miembros de la entidad cuales son sus obligaciones respecto a esas situaciones de riesgo y determinar con claridad, para evitarlas, qué es lo que se puede hacer y lo que no. Los Códigos de conducta deben dar respuesta a las dudas que se les plantean a los empleados y directivos en el desarrollo habitual de su actividad.

62. SEIN, José Luis Goñi. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programs): Aspectos Laborales”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 414.
63. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 288.

interno e canal externo), possam comunicar possíveis infrações, para que sejam investigadas.

Blumenber e García-Moreno entendem que as informações obtidas através do canal de denúncias, além de dar à empresa a possibilidade de apurar eventual infração, podem ser utilizados para efeitos de afastar uma possível responsabilidade penal corporativa⁶⁴, nos países e infrações em que cabível. Além disso, através dele será possível que se tome conhecimentos de erros de cognição e efeitos de grupo. Outrossim, possibilitará ainda, pôr à prova a eficácia do programa de compliance, registrando os descumprimentos à normativa implantada, permitindo a correção dos pontos que se mostrem ineficazes ao respectivo sucesso.

Por essas razões, a implantação de um canal de denúncias é um dos requisitos básicos do programa de compliance, destinado a prevenir o risco do delito, e para identificar e posteriormente buscar corrigir os desvios cognitivo-comportamentais.

A eficácia do canal e denúncias depende dos seguintes requisitos de confidencialidade e autonomia funcional e orgânica:

(...) 1) que o departamento em questão seja “composto por pessoas com formação específica, em número limitado e com um vínculo contratual pelo qual respeita as obrigações específicas de confidencialidade que devem assumir”; 2) que o sistema de denúncia de irregularidades esteja estritamente separado de outros departamentos da empresa, como o de recursos humanos, e 3) que garanta que a informação recolhida e tratada se transmita exclusivamente às pessoas que sejam especificamente responsáveis dentro da empresa (...) de adotar as medidas necessárias⁶⁵ (TN)⁶⁶

64. BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 289.

65. SEIN, José Luis Goñi. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programs): Aspectos Laborales”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014. p. 406.

66. (...) 1) que el departamento en cuestión este compuesto por personas con formación específica, en numero limitado y con un vínculo contractual por lo que respecta a las obligaciones específicas de confidencialidad que deben asumir”; 2) que el sistema de denuncia de irregularidades este estrictamente separado de otros departamentos de la empresa, como el de recursos humanos y 3) que garantiese que la información recogida y tratada se transmita exclusivamente a las personas que sean específicamente responsables

A instituição que criar um canal de denúncias deverá tomar as medidas necessárias para assegurar que os denunciantes não sofrerão represálias devido à comunicação de possíveis infrações, de condutas “sesgadas”, inapropriadas ou lesivas, que possam ser criminalizadas. Caso contrário, poderia existir algum temor em delatá-las.

4.4 INVESTIGAÇÕES INTERNAS

Sempre que ocorrer fundada suspeita de que algum membro da instituição atue com desvios cognitivo-comportamentais, cometa ou esteja cometendo alguma irregularidade ou ato lesivo para a empresa, descumprindo as regras de *compliance*, poderá ser realizada uma investigação interna. A investigação deve dar-se dentro dos limites legalmente estabelecidos, buscando preservar a dignidade e a intimidade do investigado. Preserva-se, assim, a possibilidade da instituição tomar as medidas cabíveis, acaso positive a situação-problema, tanto para encaminhar o funcionário a uma reciclagem, acompanhamento psicológico, quanto para providenciar anotações nos registros do funcionário, demissões e até responsabilização cível e criminal, em cooperação com os agentes de Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elaborou-se estudo da fenomenologia da corrupção na ótica da psicanálise e da psicologia cognitiva-comportamental, bem como a análise acerca de sua ocorrência em decorrência dos desvios cognitivo-comportamentais. Após, expôs-se o que é *compliance* e como ele se apresenta como uma solução preventiva aos casos de desvios de cognição e também de corrupção nas instituições privadas.

A psicanálise compreende a corrupção como um fenômeno que se origina de três espaços psíquicos distintos: o campo individual, o intersubjetivo e o institucional. O entrecruzamento desses três campos da psique dão azo a três tipos de corrupção distintas: como sintoma de uma estrutura patológica, como efeito de um desvario, como modo de vida.

dentro de la empresa o grupo al que pertenezca, de adoptar las medidas necesarias.

Soma-se ao contributo acima o olhar de outra ciência do ser: a psicologia cognitiva-comportamental. Por ela, trabalha-se a corrupção através da observação dos desvios cognitivo-comportamentais de personalidade. Foram colacionados no desenvolvimento do texto os principais desvios de cognição e comportamento, demonstrando sua relação intrínseca com a tendência a assumir condutas que poderão dar origem a atos corruptos e/ou antiéticos e, na mesma medida, a problemas de relacionamento e prejuízos de diversas ordens para a empresa.

O *compliance* consiste em um conjunto de medidas de prevenção de riscos no âmbito empresarial. Para que seja eficaz, as normativas estabelecidas no programa de cumprimento devem ser cumpridas por todos na organização, em todos os níveis hierárquicos. O *compliance* idealiza a busca por uma aderência ética individual e coletiva no cenário empresarial. É-lhe imprescindível um sistema de identificação, correção e prevenção de desvios cognitivo-comportamentais.

A neutralização dos desvios e da corrupção, através do *compliance*, implica na efetivação do dever de vigilância. Esta efetivação define papéis tangentes ao dever de vigiar, delineando a posição de garante dos empresários, administradores e dos *compliance officers*, bem como as circunstâncias em que pode se dar suas responsabilizações em matéria penal.

Para o bom sucesso dos desvios, a criação e aplicação de um programa de *compliance* deverá ser institucionalizada através de uma série de medidas de controle, dentre as quais a implantação de um código de conduta e sanções disciplinares, canais de denúncias e investigações internas.

Não há dúvidas acerca da importância do estudo de como o agir em grupo e o cometimento por desvios de cognição podem criar tendência ao cometimento de delitos dentro das organizações, dentre elas a corrupção, em sentido amplo. O *compliance* busca, além da encampação da ética em todos os níveis hierárquicos, a prevenção desta tendência.

REFERÊNCIAS

- ATKINSON, Rita L. et. al. Introdução à psicologia de Hilgaard. Tradução de Daniel Bueno. Artmed. 13ª Ed. 2002.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.
- BLUMENBERG Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.
- CALLEGARO, Marco Montarroyos. O novo inconsciente: como a terapia cognitiva e as neurociências revolucionaram o modelo do processamento mental. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL e GRUPO DE TRABALHO DO PACTO EMPRESARIAL PELA INTEGRIDADE CONTRA A CORRUPÇÃO. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção. 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsozialempresas_baixa.pdf>. Acesso em 13/09/2015
- DAVIDOFF, Linda L. Introdução à psicologia. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001.
- DREWS, Cláudio. Vieses Cognitivos (em andamento), 2010. Psicologia RG. Disponível em: <<http://psicologiarg.blogspot.com.br/2010/04/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 16/09/2015.
- GÓMEZ-ALLER. Jaboco Dopico. “Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción Del “Deber de Control”: Una Aproximación Tópica”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu

Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.

GRESSLER, Lori Alice. Introdução à pesquisa: projetos e relatórios. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Loyola, 2004.

HEAVYRICK, Ricardo. Vieses Cognitivos. História e Caos. 2013. Disponível em: <<http://historikaos.blogspot.com.br/2013/05/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 13/09/2015.

JOLLS, Christine, SUNSTEIN Cass R.; THALER, Richard. ARTICLES A Behavioral Approach to Law and Economics, 1998. Harvard Law School. Disponível em: < http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf>. Acesso em 19/10/2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al Oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.

LINDZEY, Gardner; HALL, Calvin S., THOMPSON, Richard F. PSICOLOGIA. Ed. Guanabara Koogan S.A. Rio de Janeiro. 1977.

MANZI, Vanessa A. Compliance no Brasil - Consolidação e Perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MINERBO, Marion. A corrupção no divã. Revista Psique – Ciência e Vida. Ed. 109. Disponível em: < <http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESPS/Edicoes/109/artigo337880-1.asp>>. Acesso em 13/08/2015.

MORAIS, Eslei José de. Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34217/R%20-%20D%20-%20ESLEI%20JOSE%20DE%20MORAIS.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10/10/2015.

RICHARD J. Heuer, 2010 apud CEPIK, Marco A. C.; AMBROS, Christiano C. Explicando falhas de inteligência governamental: fatores histórico-institucionais, cognitivos e políticos. Varia história.

2012, vol.28, n.47, pp. 79-99. ISSN 0104-8775. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-87752012000100005>. Acesso em 13/09/2015.

SAAVEDRA, Giovani A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRIM. Ano 18. N.º 218, Jan/2011. Pag. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>>. Acesso em 23/08/2015

SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnaldo Jose de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução. Revista de Administração (São Paulo) vol.48 no.1 Jan./Mar. 2013. ISSN 0080-2107. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080-21072013000100005&script=sci_arttext>. Acesso em 13/09/2015.

SEIN, José Luis Goñi. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programs): Aspectos Laborales”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014.

SOLER, José Ignacio Gallego. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”. In Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal. Directores Santiago Mir Puig; Victor Gómez Matín e Mirentxu Corcoy Bidasolo. Editorial B de F: Montevideo – Buenos Aires: 2014.

SPINILLO, Alina Galvão; ROAZZI, Antônio. Psicologia: Ciência e Profissão vol. 9 n.3. Brasília, 1989. ISSN 1414-9893. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300008>. Acesso em 15/08/2015.

CAPÍTULO III

TÉCNICAS DE REENVIO DO DIREITO PENAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS REGRAS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Procurador de Justiça junto ao MP-PR. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor de Direito Penal Econômico junto ao Programa de Mestrado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal da FEMPAR, EMAP, CERS.

MARION BACH

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação do UNICURITIBA e da FAE. Professora da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP-PR). Advogada criminal.

INTRODUÇÃO

O ainda recente – e incontestável – fenômeno da administrativização do Direito Penal implica em diferentes e relevantes consequências no âmbito da política e da dogmática criminal.

Uma das faces da administrativização do Direito Penal é revelada através de técnicas de tipificação penal que se apoiam em reenvios justamente ao Direito Administrativo, ou seja, dependem de uma acessoriedade administrativa.

Aqui, em grandes linhas, tais técnicas de reenvio serão confrontadas com o princípio da reserva legal, na vertente alusiva

à aplicação da lei penal no tempo. Para tanto, há um roteiro. Serão necessárias duas análises prévias: no que consiste o fenômeno da administrativização do direito penal e, mais especificamente, a chamada “accessoriedade administrativa”. Uma vez realizadas, o artigo elencará as diferentes espécies de accessoriedade. Por fim, concentrar-se-á em analisar a relação de cada uma das espécies de accessoriedade administrativa com as regras gerais que informam a aplicação da lei penal no tempo.

1 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E ACCESSORIEDADE ADMINISTRATIVA

A expressão *administrativização* do Direito Penal não guarda um único significado. Admite mais de uma possibilidade de compreensão. Uma delas concerne à utilização do Direito Penal, por parte do Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades, enquanto instância realizadora, provedora e gerenciadora da administração pública¹ nos vários setores da vida social em que intervém.

No intento de assegurar obediência aos seus próprios atos e regulamentos, o Estado cria tipos penais que sancionam, justamente, eventuais violações ao Direito Administrativo. Surge aí uma segunda compreensão possível do que significa administrativização do direito penal: diz com uma paulatina aproximação do perfil da norma penal proibitiva ou mandamental ao perfil dos preceitos normativos de direito administrativo, com certo esvaziamento do conteúdo material de injusto. A norma penal vai se assemelhando à administrativa, impondo-se mais como forma do que como substância. Na síntese de Silva Sánchez, o “Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”². De consequência, modalidades delitivas acabam por expressar meras desobediências à

1. GUARAGNI, Fabio Andre. BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014, p. 16.

2. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

ordem jurídico-penal, sem que se evidencie clara magnitude de lesão a bens de proteção penal. Fragiliza-se o princípio da lesividade.

Nesta linha, atenta aos princípios penais – em especial, ao princípio da intervenção mínima e da ofensividade –, a literatura não poupa críticas ao fenômeno da administrativização do direito penal. “A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a observância a regras de conveniência da administração pública, matérias antes de cunho disciplinar”³, o que impõe reconhecer que o Direito Penal está sendo adotado como braço de apoio do direito administrativo, deixando de operar na adequada e tradicional perspectiva de *ultima ratio legis*.⁴

Para o estudo em mesa, o destaque à administrativização do direito penal é necessário simplesmente para firmar sua moldura. De fato, é no *ambiente* de um direito penal administrativizado que o estudo do comportamento das técnicas de reenvio da norma penal à administrativa, ante os postulados da lei penal no tempo (*tempus regis actum* e retroatividade da *lex mitior*) ganha importância. A legislação brasileira contempla vasto número de leis penais marcadas por aspectos da destacada administrativização. É o caso, para citar poucos exemplos, da Lei 9605/1998 (crimes ambientais), Lei 8078/1990 (crimes contra o consumidor) e Lei 8137/1990 (crimes tributários, concorrenciais e contra relações de consumo).

Pois bem. As leis penais administrativizadas, enquanto expressão de um direito penal que presta socorro e suporte à administração pública estatal, escoram-se em regras do Direito Administrativo. Afinal, dirigem-se à intervenção penal em *espaços sociais de intensa regulação administrativa*. Daí é que nasce a expressão *acessoriedade administrativa*. De outro modo: quando o direito penal intervém como apoio para proteger a atuação estatal em áreas profundamente reguladas pelo direito administrativo, dá-se um movimento reverso: os contornos dos tipos penais pelos quais se opera a intervenção jurídico-penal dependerão, no delineamento de suas elementares, da normativa de Direito Administrativo afeta

3. REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

4. KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de riscos e poder de polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo disciplinador. In Revista de Ciências Penais, vol. 15, jul-dez/2011, p. 13-36.

à área em que se opera a intervenção. As regras administrativas subsidiarão a construção dos tipos penais. Na suma, o direito penal se administrativiza quando se dirige à proteção da gestão pública estatal. Em contrapartida, os tipos pelos quais realiza referida proteção têm elementares constituídas a partir de regras de direito administrativo. Há uma relação simbiótica de dupla mão.

A *acessoriedade administrativa* se revela em diferentes técnicas de tipificação. Para restringir o estudo às mais frequentes e importantes, registre-se o caso das leis penais em branco, dos tipos penais abertos e das remissões a atos administrativos individuais.⁵

Para além, perceba-se que também os elementos normativos jurídicos do tipo evocam em geral regras extrapenais para que sejam compreendidos, mormente de direito administrativo. Assim, em sentido amplo, também são técnicas de reenvio. Em alguns casos, a norma extrapenal – administrativa ou não – integra o tipo: isto ocorre quando ela conceitua, define o elemento normativo jurídico. São as normas extrapenais definitórias, como o art. 18, 6º CDC, ao estipular o que é “condições impróprias ao consumo”, enquanto elementar do tipo do art. 7º, IX, Lei 8.137/906. Nos demais casos, as eventuais normas extrapenais a que o elemento normativo do tipo aluda não constituem normas integradoras do tipo⁷.

2 NORMA PENAL EM BRANCO E LEI PENAL NO TEMPO

Veja-se, de início, o caso das leis penais em branco. Lei penal em branco é uma técnica legislativa inicialmente identificada por Karl Binding quando da análise da Constituição do Império Alemão

5. Não se olvidando que os aplicadores do Direito Penal lançam mão das regras do Direito Administrativo também em outros casos. Veja-se o exemplo da adoção da teoria da imputação objetiva: ao analisar riscos proibidos, riscos permitidos e incremento de riscos admitidos, o intérprete esbarra, tantas e tantas vezes, no Direito Administrativo.
6. Cuide-se, porém, que não há uniformidade jurisprudencial quanto ao papel exercido pelo art. 18, 6º, CDC, havendo entendimentos no sentido de que a norma é restrita a efeitos consumeristas e administrativos.
7. GATTA, Gian Luigi. *Abolito criminis e successioni di norme integratrici: teoria e prassi*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 93. O autor, porém, não considera que os elementos normativos do tipo devam ser havidos como tal quando dependem de integração por normas definitórias extrapenais. Afinal, o autor considera que elementos normativos são aqueles que não dependem de definição extrapenal, conquanto se relacionem de outro modo com normas extrapenais. Neste caso, são normas “não integradoras” do tipo, que se encontra completo. Isto não ocorre quando a elementar depende de definição por norma diversa, situação em que a norma extrapenal é “verdadeiramente integradora”.

de 16 de abril de 1871 (*Reichsverfassung*). Ao analisar a estrutura das leis penais, Binding notou que, embora a Constituição do Império Alemão adotasse o modelo de Federação com competência geral, em alguns casos, por exigência prática, havia a transferência dessa competência para os estados federados, que complementavam a lei penal até então incompleta.⁸

Binding registrou, assim, a existência de leis penais incompletas, definindo-as como “corpos errantes em busca da sua alma”. Esta existência não apenas persiste na legislação brasileira atual, como a utilização de leis penais em branco vem sendo significativamente ampliada exatamente por força da administrativização apontada de início.

A utilização, pelo poder legislativo, das leis penais em branco, dá-se tradicionalmente por dois fundamentos principais. O primeiro deles é permitir à lei penal que se flexibilize e se atualize, de modo que possa acompanhar as constantes evoluções sociais.

Há setores da vida social tão fortemente condicionados por circunstâncias histórico-sociais concretas que, ao serem regulados pelo direito penal, redundam em quase imediata obsolescência legislativa. Garcia-Pablos Molina aduz que, diante de tais setores – dinâmicos e complexos, como é o caso do meio ambiente, da genética, da ordem econômica, etc -, há uma inevitável escolha: a permanente modificação da lei penal ou a petrificação e superação da mesma. Assim, “parece ser mais recomendável que a lei penal seja somente um ‘marco’, e se delegue a autoridades de instâncias inferiores a determinação do ‘conteúdo’ variável da mesma”.⁹

As leis penais em branco e suas complementações advindas do poder executivo, portanto, evitam o engessamento da regulamentação penal, o qual inevitavelmente ocorre quando do tradicional, lento e custoso processo de elaboração das leis orgânicas.¹⁰

8. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.38.

9. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Jurista Editores, 2009, p. 364.

10. VEGA, Dulce María Santana. *El Concepto de Ley Penal en Blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 17.

A atualização e flexibilização não são, porém, as únicas razões de existir das leis penais em branco. Se o dinamismo de determinados setores da vida social é um problema que atinge o legislador, também o é a necessidade de conhecimento técnico, específico e aprofundado.

Por tal razão, o legislador confia às instâncias inferiores, detentoras do conhecimento verticalizado que a ele falta, a possibilidade de complementação das leis penais em branco. “E – de fato – é melhor que a norma penal possa contar com a presença dos técnicos, seja para atingir as condutas que, verdadeiramente, são geradoras de riscos para os bens de proteção, seja para evitar sejam atingidos comportamentos inócuos. Diminui-se o risco do erro com a presença do especialista”¹¹.

Da constatação de que a principal característica da lei penal em branco é a possibilidade de complementação por instâncias inferiores – seja em nome da exigência de atualização ou de conhecimento técnico –, surge controvérsia que interessa especialmente ao presente trabalho: a aplicabilidade da referida técnica legislativa face ao direito intertemporal.

O princípio da legalidade, através da exigência da anterioridade da lei penal, acarreta duas conhecidas e irrefutáveis regras de temporalidade: a irretroatividade de lei penal maligna, porquanto resulta da afirmação da regra *tempus regit actum*, bem como a retroatividade de lei penal benigna – com exceção das leis de natureza excepcional ou temporária, previstas no art. 3º do Código Penal. Menos pacífico, porém, é o posicionamento doutrinário acerca da (i)retroatividade das leis penais em branco: o complemento a que se faz remissão, integra ou não a lei penal? Consequentemente, pode ou não pode retroagir?¹²

Embora a doutrina não seja uníssona a respeito¹³, a majoritária entende que o ato complementador passa, sim, a integrar a lei penal.

11. GUARAGNI, Fabio Andre. BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014, p. 34.

12. Essa discussão foi abordada no trabalho “Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal”, de autoria de Fabio André Guaragni e Marion Bach, publicado em 2014 pela Editora Almedina, vide p. 233 e seguintes.

13. A discussão é tradicional. “Pergunta-se: uma vez alterada a norma complementar, com vantagens para o réu, deve ou não retroagir a lei penal em branco? Frederico Marques e Magalhães Noronha, em considerações sobre a matéria, evidenciam as divergências

Prova disso, para tal corrente doutrinária, é que a inexistência do ato complementador impede a completude da descrição típica e, consequentemente, sua aplicabilidade.¹⁴

Se o ato complementador integra o tipo penal – e parece que, de fato, esse entendimento é acertado –, basta aplicar-lhe as mesmas regras gerais que informam as demais leis penais. Assim, para determinar a possibilidade de retroatividade benéfica do ato complementador, impõe-se a análise de sua natureza: se possuir o ato complementador o caráter de excepcional ou temporário, passará a reger-se pela regra disposta no art. 3º do Código Penal; se não possuir tal caráter, reger-se-á pela regra prevista no art. 2º da mesma Lei.

Há uma segunda situação em que o complemento da norma em branco, quando se altera *pro reu*, não retroage em favor daqueles que cometeram o fato sob a vigência da norma complementadora pretérita. É quando a alteração do complemento não tem o condão de alterar o conteúdo da proibição.

Quanto ao primeiro grupo de casos, exemplifica-se com crimes que envolvem, por exemplo, tabela de preços (vide o revogado art. 6º, I, da Lei 8137/90 e art. 2º, VI, da Lei 1521/51), a regra é a irretroatividade do complemento, eis que a modificação do ato integrativo revela apenas uma mudança de cunho circunstancial e não uma verdadeira alteração da figura típica eleita pelo Estado. Em palavras simplificadas: a lei penal não proíbe especificamente a venda pelo preço X, mas a venda por preço acima do tabelamento. Mesmo que haja, nesse caso, posterior modificação do valor X para valor superior, o legislador apenas atentou-se às circunstâncias concretas (da economia), mas continuou considerando penalmente punível a conduta de vender produto acima do tabelamento.

Tal entendimento foi há muito esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 32.460, de relatoria do Min.

de entendimentos entre os autores. Assim, no sentido afirmativo, posicionam-se, além de outros, Asúa, Mezger, Balestra e, entre nós, Basileu García. (...) Por outro lado, em posição contrária à retroatividade, alinham-se penalistas como Manzini, Hungria, Frederico Marques, Magalhães Noronha e outros”. LEIRIA, Antônio José Fabrício. Teoria e Aplicação da Lei Penal. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 90.

14. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

Rocha Lagôa. No caso, julgado em 20.05.1953, os pacientes haviam sido denunciados por vender setecentas gramas de carne bovina pelo preço de dez cruzeiros, quando, pela tabela oficial, deveriam cobrar seis cruzeiros e noventa centavos. O *habeas corpus* pleiteava a extinção da punibilidade dos pacientes em razão de posterior alteração na tabela de preços.

Em seu voto, o relator indeferiu a ordem por entender que a não inclusão, nas tabelas relativas a preços de mercadorias que vigoravam quando do julgamento, de disposições vigentes ao tempo em que se apurou a infração, não apaga a existência da mesma. O Min. Nelson Hungria acompanhou tal voto, argumentando que se os preços vêm a ser majorados ou igualados àqueles pelos quais vendeu o infrator, não se dá a extinção da punibilidade em favor deste, pois o seu crime não pode deixar de ser referido às condições de mercado ao tempo em que foi praticado. Afinal, a constante alteração nas tabelas de preço, quase sempre para mais – por força da necessidade de correção monetária -, acarretaria, pela demora dos processos penais, a constante impunidade daqueles que atentam contra a economia popular. Este quadro, comente-se, torna-se mais agudo em épocas de inflação alta, que são – exatamente – aquelas em que o expediente de tabelamento de preços é empregado como recurso macroeconômico para contenção da depreciação do valor da moeda.

Os Ministros, em suma, entenderam por atribuir ao ato complementador natureza excepcional ou temporária, dando-lhe o tratamento disposto no art. 3º do Código Penal e negando-lhe a possibilidade de retroatividade benéfica.

No mesmo sentido, o *Habeas Corpus* n. 73168-2, de relatoria do Min. Moreira Alves, julgado em 21.11.1995, que tratou do crime de contrabando, à época previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal. O paciente era acusado de contrabandear uma motocicleta do Paraguai, produto que fora, posteriormente, retirado da lista de “mercadorias proibidas” que integra referido tipo penal. Os impetrantes pugnavam, portanto, a retroatividade benéfica do ato complementador, de modo que fosse declarada extinta a punibilidade do paciente.

O relator, citando Frederico Marques e Damásio de Jesus, registrou expressamente que só tem influência a variação do ato complementador da lei penal em branco “quando importe real modificação da figura abstrata do direito penal (como disse Mayer) e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma.¹⁵”

Aqui, porém, não se vislumbra claro o motivo da excepcionalidade ou temporariedade da inclusão de motocicletas no rol de produtos de introdução proibida no país. E, quando não há estas características, a mudança da política fiscal deve retroagir em favor do réu.

No *Habeas Corpus* n. 1656-2, de relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 03.03.1992, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entendeu pela retroatividade do ato complementador. A discussão neste *Habeas Corpus*, em rápidas linhas, versava sobre o crime de tráfico de drogas – exemplo clássico de lei penal em branco -, que era, à época, complementado por portarias da DIMED.

O acusado havia vendido cloreto de etila em 01.03.1984. À época, tal substância constava do rol de drogas disposto na portaria 01/83, de 27.01.1983. Após a denúncia, porém, a substância foi retirada do referido rol, pela portaria 02/84 de 04.04.1984, restando ausente da lista até a data de 13.03.1985, quando voltou a ser incluída pela portaria 02/85.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela retroatividade benéfica do ato complementador, nesse caso, pois “o complemento passa a integrar, indubitavelmente, o conteúdo da conduta censurada, formando um todo, de forma que a alteração de uma parte, como resultado de uma nova valoração jurídica do mesmo fato, tem repercussão total e imediata”.

Em outras palavras, o Supremo entendeu que quando houver uma reavaliação jurídica a respeito da conduta, ou seja, uma alteração nas escolhas políticas criminais estatais, deve o complemento retroagir, extinguindo a punibilidade do agente – exatamente nos termos do art. 2º do Código Penal.

15. No *Habeas Corpus* n. 73168-2 do Supremo Tribunal Federal são mencionados precedentes, tais como o RE 21132 (Min. Nelson Hungria), RE 71947 (Min. Luiz Gallotti) e HC 58614 (Min. Djaci Falcão).

Daí que a posição que o presente estudo crê ser a mais acertada no que refere à (i) retroatividade do complemento da lei penal em branco, já vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, embora não tenha havido, por parte da Corte, o reconhecimento expresso nos termos aqui desenvolvidos: para determinar a (im) possibilidade de retroatividade do ato integrador, há que se analisar a sua natureza. Se a natureza for excepcional ou temporária, ou tratando o complemento tão somente de questões circunstanciais e transitórias, não há que retroagir, impondo-se o tratamento disposto no art. 3º do Código Penal. Se a modificação no complemento revelar uma nova escolha legislativa, leia-se, uma atualização no pensamento político criminal do Estado, a retroatividade se impõe, nos termos do art. 2º do Código Penal.

3 TIPOS PENAIS ABERTOS E LEI PENAL NO TEMPO

Findas as conclusões a respeito das leis penais em branco, vale considerar uma segunda técnica de tipificação que guarda importante relação com a *acessoriedade administrativa*: os tipos penais abertos.

O legislador, ao criar um tipo penal, opta – por necessidade, não por arbítrio – por: a) descrever de modo completo a conduta proibida, sem deixar ao intérprete outra tarefa que não a análise da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, ou b) por descrever de modo incompleto o modelo de conduta proibida, transferindo ao intérprete o encargo de complementar o tipo.¹⁶ Quando o legislador opta pelo segundo modelo, estar-se-á diante de um tipo penal aberto.

A incompletude das leis penais em branco foi verificada, inicialmente, por Karl Binding. A dos tipos penais abertos, por sua vez, foi identificada por Hans Welzel¹⁷. A incompletude é, portanto, o traço comum entre ambas as técnicas legislativas. Existem, porém, importantes distinções.

A primeira delas é que, no caso de leis penais em branco (assim consideradas aquelas em sentido estrito, que são as verdadeiras

16. ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

17. WELZEL, Hans. Derecho penal. Buenos Aires: Depalma, 1956.

normas penais em branco), conforme já verificado, o ato integrador advém, em geral, do Poder Executivo (portarias, decretos, etc.). Já no caso dos tipos penais abertos, a complementação advém dos próprios operadores do direito, sendo os elementos do caso concreto os “instrumentos” de fechamento do tipo penal.

Esse “fechamento do tipo no caso concreto” designa, segundo Fábio André Guaragni:

O trabalho do Promotor de Justiça, quando oferece uma denúncia e descreve o fato tangente a um tipo aberto, bem como quando aponta a presença dos elementos típicos em alegações finais; o labor do Juiz, ao verificar a subsunção da conduta ao tipo aberto, quando profere sentença condenatória. Naturalmente, o esforço defensivo é no sentido de demonstrar a impossibilidade do fechamento do tipo no caso concreto.¹⁸

Os tipos penais abertos, portanto, se opõem aos tipos penais “fechados” posto que, da leitura destes últimos, extrai-se a conduta criminosa perfeitamente individualizada. Já a leitura dos tipos penais abertos não contempla a integralidade dos elementos componentes da conduta típica, forçando-se que os operadores realizem a integração, recorrendo a regras e normas gerais alheias ao tipo¹⁹.

Uma segunda distinção entre tipos abertos e leis penais em branco reside na razão da existência de ambas. Enquanto as leis penais em branco existem, como visto, para permitir a atualização legal e a utilização de conhecimento técnico aprofundado, os tipos penais abertos existem pela “impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade”²⁰ em determinados âmbitos da vida.

Os crimes culposos e os crimes de omissão imprópria ou comissivos por omissão são exemplos clássicos de tipos penais abertos pois, pela variabilidade das circunstâncias em que se

18. GUARAGNI, Fabio Andre. BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014, p. 28.

19. ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 424.

20. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 12a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 162.

realizam, não se satisfazem com o rigor de definição legal dos tipos dolosos.

Veja-se que, em muitas situações, o julgador deverá confrontar regras advindas do direito administrativo para verificar se, no caso concreto, houve ou não violação de dever de cuidado (no caso dos crimes culposos) ou se o agente estava na posição de garantidor (no caso dos crimes comissivos por omissão).

Há que se registrar, portanto e para o que interessa ao presente estudo, que os tipos penais abertos se socorrem de regras administrativas, razão pela qual tratam-se de uma segunda importante técnica legislativa dotada de *accessoriedade administrativa*. Nesse caso, havendo alterações em tais regras administrativas, deve haver retroatividade em benefício do acusado?

A conclusão do presente estudo é a de que não, não deve haver retroatividade. Novamente, a controvérsia se soluciona por questões que homenageiam a lógica jurídica.

Veja-se um primeiro exemplo, relacionado a crime culposo. O sujeito conduz seu veículo automotor a noventa quilômetros por hora em uma via cujas regras de trânsito, na ocasião, sinalizavam para a velocidade máxima de sessenta quilômetros por hora. Justamente em razão da velocidade excessiva, o sujeito não obtém sucesso em frear diante de um pedestre, atropelando-o e causando sua morte.

No mês seguinte, o órgão responsável pelas regras viárias altera a sinalização da via e o limite de velocidade passa a ser de cem quilômetros por hora.

Nessa caso, há a retroatividade da nova determinação viária? Há como falar em descriminalização da conduta do motorista? Evidente que não. Houve, à época, uma violação de dever de cuidado e o resultado criminoso decorreu justamente de tal violação. Note-se que, à época, pedestres e demais motoristas trafegavam pela via “confiando” que o limite respeitado por todos era o de sessenta quilômetros por hora. O motorista, ao violar tal limite, violou a confiança depositada pelos demais usuários da via e, ainda, deu ensejo ao acidente.

Tal irretroatividade já era defendida por José Frederico Marques:

(...) Seria o mesmo que admitir-se a eficácia retroativa de uma norma técnica de trânsito posta em vigor para facilitar o tráfego e a circulação, tal como se o trânsito à direita passasse a ser contramão, e, à esquerda a mão de direção. Em face dessa mudança, poder-se-ia declarar extinta a punibilidade por *novatio legis*, do motorista que fora declarado imprudente (e por isso condenado) por trafegar na contramão?²¹

Quando de alterações de regras administrativas que visam, por exemplo, facilitar o tráfego e a circulação de veículos, não há que se falar em retroatividade. As regras que devem ser consideradas para fechar o tipo aberto – ao se verificar se o sujeito agiu ou não com culpa – são, necessariamente, aquelas em vigência quando do fato supostamente criminoso.

Pense-se, agora, em um segundo exemplo. Um paciente se submete a uma cirurgia que necessita de anestesia geral. À época, a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) impunha – e o Estado ratificava – que o médico anestesista realizasse, no mínimo, a história clínica, exames físicos, exames complementares habituais e exames complementares especiais para tal caso. O médico realizou a história clínica, exames físicos e exames complementares habituais, se abstendo, por negligência, de efetuar os exames complementares especiais.

Durante o procedimento anestésico, vem o paciente a falecer.

Dois meses após o incidente, a ABNT altera suas normas técnicas – novamente sendo ratificado pelas regras estatais – e passa a exigir que o médico anestesista, para submeter um paciente à anestesia geral, precisa realizar, no mínimo, a história clínica, exames físicos e exames complementares habituais. Passa a entender, a ABNT, que os exames complementares especiais são excessivos e desnecessários para tal procedimento.

Nesse caso, há como se falar em retroatividade? Pode haver a descriminalização da conduta do médico?

Veja-se que a situação, em partes, se assemelha ao primeiro exemplo: ambos são casos de tipos penais abertos – culposos – que buscam o fechamento através da análise de regras de cunho administrativo.

21. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 227.

Ocorre, porém, que no segundo caso há uma sensível alteração no entendimento da administração sobre a *necessidade* de obediência a determinado procedimento: enquanto a administração pública entendeu, e continua entendendo, necessário obedecer ao limite de velocidade imposto (seja ele de sessenta ou de cem quilômetros por hora); a administração entendeu, mas deixou de entender, necessário a realização de exames complementares especiais para o procedimento de anestesia geral.

Nesse caso, poderia se questionar a irretroatividade da nova regra emitida pela ABNT?

Não há como, conforme acima explicitado, se realizar o fechamento do tipo aberto utilizando regras vigentes em época diversa do suposto evento criminoso. Portanto, deverá ser considerado que, quando da morte do paciente, o médico deveria ter realizado também os exames complementares especiais.

A solução para tal situação, entende o presente estudo, não passa pela retroatividade da nova determinação emitida pela ABNT e ratificada pelo Estado. Tal caso pode ser solucionado, no momento do fechamento do tipo aberto, pelas regras gerais de imputação objetiva. Afinal, a regra extrapenal somente é empregada para conclusão de que houve a culpa, enquanto ultrapassagem de patamar de risco permitido. Esta conclusão pode ser feita por vias diversas, sendo apenas uma delas a ofensa a uma eventual norma extrapenal vigente quando da ação humana incriminada.

Lado outro, “nem toda a relação de causa e efeito pode ou deve ser considerada relevante a ponto de identificar um tipo de ação.”²² É por isso que a imputação não se baseia na pura causação extraídos do mundo do ser, mas em critérios de caráter normativo:

Os critérios aqui adotados como válidos para a afirmação do tipo de ação são: (a) a criação ou incremento de um risco a ponto de ultrapassar os limites do que se pode tolerar; ou seja, do risco permitido; e (b) a realização, no resultado, do risco previamente criado.

Veja-se que no caso mencionado, o médico cria um risco ao não realizar os exames complementares especiais. Porém, se o resultado morte não se realizou pela ausência de tais exames, exclui-se a responsabilidade do médico já quando do fechamento do tipo.

22. BUSATO, Paulo César. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 334.

Assim, o fato da própria ABNT, após desenvolver novos estudos e pesquisas, haver concluído que os exames complementares especiais eram *desnecessários e excessivos, apenas endossaria ausência de imputação do evento perceptível ex ante*. Leia-se: se de fato a realização dos exames complementares especiais pudessem evitar a morte do paciente – a ponto de se responsabilizar criminalmente o médico que não os realizou -, a ABNT não teria entendido, tempos depois, que tais exames eram *desnecessários* e excessivos.

É por isso que se afirma que a ausência de responsabilização do médico, nesse caso, não decorre de uma retroatividade de regras administrativas utilizadas para realizar o fechamento do tipo penal aberto, mas sim da adoção dos critérios gerais da teoria da imputação objetiva – que, inclusive, independem da alteração das regras administrativas. Pois, como já afirmado, podem ser construídos por vias diversas da norma extrapenal que existia quando do fato e deixou de vigorar quando do julgamento.

4 REMISSÕES A ATOS CONCRETOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEI PENAL NO TEMPO

Concluída a análise sobre as leis penais em branco e os tipos penais abertos, passa-se, agora, à análise de outra mecânica de acessoriedade administrativa: as remissões penais a atos concretos advindos da administração pública. Ou seja, atos de caráter individual.

Antes de expor a problemática envolvendo a acessoriedade aos atos administrativos concretos e individuais, vale registrar, justamente, a distinção dessa técnica legislativa em relação às leis penais em branco e aos tipos abertos, já abordados.

O ponto que distingue a acessoriedade aos atos administrativos individuais e as leis penais em branco é facilmente notado: aquela se caracteriza pelo alcance concreto (autorizações, permissões e licenças) e esta pelo alcance geral (portarias, decretos e resoluções). É por essa razão que a doutrina alemã chama a primeira hipótese de “acessoriedade ao ato administrativo” (*Verwaltungsakzessorietat*),

contrapondo-a à segunda hipótese, conhecida como “acessoriedade ao direito administrativo” (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*).²³

A acessoriedade administrativa a atos individuais também não se confunde com os tipos penais abertos. Isso porque, no caso da remissão a atos concretos, a conduta criminosa encontra-se integralmente descrita; ou seja, o tipo penal nasce “fechado”. O julgador, nesse caso, não necessita buscar complementos que “fechem” um tipo penal inicialmente aberto, mas tão somente verificar se, no caso concreto, houve ou não a observância à espécie de provimento administrativo imposta pelo legislador.²⁴

Portanto, a *acessoriedade administrativa* advinda dos atos concretos:

Trata-se de fenômeno pelo qual o legislador criminaliza autênticas modalidades especiais de realização de comportamentos exigentes de autorização ou licença expressa concreta, expedidas caso a caso, pelo Poder Executivo, e desconsideradas pelo sujeito ativo, ou situações em que pratica condutas interdidas de modo particular pela mesma esfera de poder. Ele age em desafio ao ato concreto da administração pública, em situações nas quais previstos para controle, gestão ou outros fins públicos.²⁵

É usual que as tipificações que remetem a atos administrativos concretos venham sob a fórmula de “fazer tal conduta sem autorização”, “realizar tal conduta em desacordo com a autorização legal”, “realizar tal conduta sem a autorização expressa da autoridade competente”.

A legislação penal vigente está repleta de tipos penais que se apoiam em atos administrativos concretos. Vale salientar, entretanto,

23. GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. In Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: IBCCrim, vol. 58, 2008, p. 159. Neste mesmo trabalho, Luís Greco sugere que, no Brasil, se adote a nomenclatura de “acessoriedade ao ato administrativo individual” e “acessoriedade ao ato administrativo geral”. No nosso trabalho tal nomenclatura possui menor importância, tendo em vista que a acessoriedade ao ato administrativo geral ocorre, para nós, nas leis penais em branco, tipos abertos e elementos normativos jurídicos do tipo, sobretudo quando integrados por normas definitórias.

24. MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Corso di Diritto Penale. Milano: Giuffré, 2001, p. 111.

25. GUARAGNI, Fabio Andre. BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014, p. 42.

a lei dos crimes ambientais, que é exemplo candente no tema.²⁶ Dentre os sete tipos básicos que aglutinam, v.g., os crimes contra a fauna, em três constam remissões a atos concretos da administração: a) o art. 29, que incrimina “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”; b) o art. 30, cujo preceito primário é “exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente”; c) o art. 31, pelo qual se incrimina a conduta de “introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente”.

Nas remissões a atos concretos da administração pública, as normas são fechadas e os tipos completos. Assim, a alteração dos parâmetros normativos para concessão de determinada licença, facilitando sua obtenção, não beneficia – por força de retroatividade favorável - o sujeito ativo que realizou a conduta sem tê-la porque não preenchia exigência legal agora é dispensável. Houve câmbio do contexto de fundo que liga o tipo abstrato ao fato concreto, mas não sucessão de leis penais ou de elementos integrados no tipo.

Em relação ao art. 650, CP italiano, remissivo a atos concretos da administração, Mario Romano faz ponderação que, de modo geral, vale para todos tipos penais em foco. Define como ilícito penal a inobservância dos provimentos de autoridade, punindo “quem não observa um provimento legalmente dado pela autoridade por razões de justiça ou de segurança pública, ou de ordem pública ou de higiene”. Diz o autor:

“...o provimento ou ato administrativo e a ordem do magistrado [refere-se a tipos penais que remetem a ordens judiciais] não se tornam, de fato, parte integrante da norma penal, não existe nenhuma participação destes em função ‘compositiva’ do tipo abstrato, a posição da particular regra de conduta [provimento administrativo] constitui a historicização de uma situação de obrigação já valorada pelo tipo penal...”²⁷

26. Vide, também, os artigos 39, 44, 45, 50-A, 51 e 52 da Lei n. 9605/1998 (Lei dos crimes ambientais).

27. ROMANO, Mario. *Repressione della Condotta Antisindacale Profili Penali* Milano: Giuffrè, 1974, p. 173.

Duas observações, porém, devem ficar como alertas.

Primeiramente: conquanto a alteração favorável ao réu dos parâmetros para obtenção de licença ou autorização não opere como *lex mitior* retroativa, é possível que tenha impacto na imputação objetiva da ofensa ao bem jurídico (resultado normativo) ou da quebra dos contornos do papel social exigido ao agente – tudo a depender do modelo teórico de imputação objetiva.

Imagine-se que o Estado deixe de exigir certa condição técnica para realização de um comportamento de risco ambiental, por concluir que preenchê-la não importa para aquilatá-lo. A mudança se deve a uma nova descoberta científica. É possível defender que a conduta, realizada sem autorização exatamente pelo não preenchimento da condição técnica que passou a ser dispensada, revele-se não ofensiva ao bem jurídico²⁸. Neste caso, a falta de lesividade ao meio ambiente poderia ser apoiada, dentre outros argumentos, na própria dispensa da exigência técnica, por parte do Estado, para licenciar a atividade, erigida a partir dos novos parâmetros normativos que cercam a concessão da autorização administrativa. A alteração normativa não está retroagindo em favor do agente, eis que o tipo – fechado – não foi alterado. O que se aporta é um argumento a mais em favor da exclusão da imputação objetiva.

Cuide-se, contudo, que a validade desta observação depende da adequada identificação prévia do bem de proteção penal. No exemplo, aponta-se como bem protegido o meio ambiente. Para quem considerar que a frustração da licença violou o prestígio e respeitabilidade da própria administração pública ambiental e seus atos de gestão, será difícil evocar a alteração dos parâmetros de concessão da licença até mesmo como argumento para excluir a imputação objetiva do resultado jurídico de lesão ou da quebra dos contornos do papel social exigido ao administrado.

Segunda observação: não se deve confundir alterações nos parâmetros normativos para concessão de determinada licença,

28. V. o já citado GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. In Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: IBCCrim, vol. 58, 2008. O autor explora variantes de situações assemelhadas.

autorização ou permissão concreta com a normativa que suprima a própria necessidade de licença, autorização ou permissão de alcance individual do poder público para que a atividade seja realizada. Noutros termos: a atividade deixa de ser dependente de licença. A respectiva realização passa à pura livre iniciativa.

Quando a nova normativa dispensa uma licença antes necessária, a depender do bem jurídico protegido, pode ocorrer verdadeira retroatividade. Se uma licença é exigida para proteção da saúde pública e a atividade deixa de estar condicionada pelo ato estatal de autorização individual, por mudança normativa, o princípio da isonomia exige a retroatividade favorável ao réu. Isto, porém, não ocorrerá se o bem jurídico-penal for a própria administração pública, novamente, no aspecto da preservação de sua respeitabilidade e prestígio²⁹.

29. A perspectiva político-criminal de proteção do prestígio e respeitabilidade da administração pública, porém, encontra-se sob sério questionamento, coincidente com o declínio do Estado enquanto agência de poder. Recentemente, o C. STJ uniformizou posição sobre a persistência do delito de desacato no ordenamento brasileiro, colocada em dúvida por julgados da própria Instância Rara, a partir de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Segundo ela, a exteriorização de opinião negativa do particular sobre a atividade estatal esta albergada no direito fundamental de liberdade de expressão. Por ferirem-no, os tipos penais de desacato devem ser extirpados dos sistemas jurídicos. A recente jurisprudência do C. STJ pendeu em favor da posição da CIDH, até reverter e reafirmar a existência do crime, a partir de uniformização realizada na 3a Seção. Segue a longa ementa do precedente: “HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São Documento: 76874292 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 3 de 8 Superior Tribunal de Justiça José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo

art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”. 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceitação precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.” 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão

Feitas as advertências, e sem prejuízo delas, vale de maneira geral a orientação de Domenico Pulitanò: “quando (...) a lei pune a inobservância a uma ordem relativa a uma específica situação, é a lei penal que põe o preceito, descrevendo completamente o tipo de crime: a ordem administrativa – ou melhor, o interesse que a ordem serve – é o objeto da tutela”³⁰. A alteração dos parâmetros de expedição de uma dada licença não tangem, como regra, o tema da sucessão de leis penais, por força do pressuposto segundo o qual se trata de tipo penal fechado, com redação íntegra.

CONCLUSÃO

Sinteticamente: as regras que direcionam o universo da sucessão de leis penais no tempo estão principiologicamente guiadas e legalmente previstas. Quando tais regras devem ser aplicadas às leis que lançam mão de técnicas de reenvio, porém, perdem parte da clareza.

Cada técnica de reenvio – normas penais em branco, tipos abertos, remissões a atos administrativos concretos e, modo amplo, elementos normativos do tipo (sobretudo aqueles delineados por normas definitórias extrapenais) - assume um perfil próprio, cujo molde impacta na própria constatação acerca de ter ocorrido, ou não, sucessão de leis penais.

Portanto, a definição do comportamento das regras penais que, de algum modo, implicam em reenvio a outras normas, usualmente de caráter extrapenal, exige a clara identificação de sua *natureza*, nos moldes acima propostos.

A depender justamente da técnica de reenvio e da natureza do complemento, concluímos que poder-se-á operar a retroatividade benigna, a irretroatividade em razão do caráter temporário e/ou excepcional da referida complementação ou, ainda, poderá servir de subsídio aos critérios de análise da teoria da imputação objetiva.

vergado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido” (HC 379.269/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 30/06/2017)

30. PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale*. 4a. ed. Torino: Giappichelli, 2011, p. 109.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUSATO, Paulo César. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 379.269/MS. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado>.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Jurista Editores, 2009.
- GATTA, Gian Luigi. Abolito criminis e successioni di norme integratrici: teoria e prassi. Milano: Giuffrè, 2008.
- GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCrim, vol. 58, 2008.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 12a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GUARAGNI, Fabio Andre. BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de riscos e poder de polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo disciplinador. In Revista de Ciências Penais, vol. 15, jul-dez/2011, p. 13-36.
- LEIRIA, Antônio José Fabrício. Teoria e Aplicação da Lei Penal. São Paulo: Saraiva, 1981.
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Corso di Diritto Penale. Milano: Giuffrè, 2001.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1964.

PULITANÒ, Domenico. Diritto Penale. 4a. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMANO, Mario. Repressione della Condotta Antisindacale” Profili Penali. Milano: Giuffrè, 1974.

SANTANA VEGA, Dulce María. El Concepto de Ley Penal en Blanco. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WELZEL, Hans. Derecho penal. Buenos Aires: Depalma, 1956.

CAPÍTULO IV

O DIREITO PENAL E AS POSIÇÕES DE GARANTE: TRAGÉDIA DO RIO DOCE

FERNANDA MIQUELUSSI DA SILVA

Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba. Especialista com área de concentração em Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Pós-graduanda em Ciências Penais pela ABDCONST- Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ex –Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná (área criminal). Advogada e escritora, já tendo publicado dois e-books: Estudo de Balística Forense x Absolvição Policial Sumária pela Editora Saraiva e A sociedade de risco e os crimes omissivos no Brasil pela Editora Ponto Vital.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é uma sociedade de risco. Esse tipo de sociedade é globalizada e amedrontada por diversos medos/ riscos, produzidos pelo próprio homem. Como por exemplo: o aquecimento global.

O presente artigo se desenvolve a partir desse conceito de sociedade e sua influência no Direito Penal.

Nesse ramo do Direito ocorreu uma mudança na área de atuação, seus olhos voltaram-se para as grandes organizações e não mais para o indivíduo em si.

Nesta perspectiva, abriu-se espaço para os crimes omissivos, especialmente o impróprio, que possui o sujeito ativo na posição de garante - aquele que possui o especial fim de agir.

Tornou-se interessante, todavia, antes de ingressar no caso concreto de Mariana, fazer uma análise das teorias da ação/ omissão, os tipos omissivos e suas teorias, bem como o artigo 13 do Código Penal, que trata sobre o assunto na legislação pátria.

Por fim, ingressou-se no desastre de Mariana, fazendo alusão à ação civil pública impetrada pelo Ministério Público Federal em face do Estado (União e Estados de Minas Gerais e Espírito Santo) e as empresas Samarco, BHP e Vale do Rio Doce. Bem como as omissões dos réus, as consequências do desastre e as perspectivas futuras.

1 SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL

Antes de responder esta pergunta é necessário definir o que é risco. Beck¹ diria que “riscos não são uma invenção moderna. Quem como Colombo saiu em busca de novas terras e continentes para descobrir assumiu riscos.” A palavra “risco” tinha no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, não o de possível autodestruição da vida na Terra.

Os riscos eram vistos antigamente como pessoais. No exemplo citado acima, Colombo assumiu o risco de atravessar um oceano desconhecido para chegar a uma terra, também desconhecida. Esse risco envolvia sua morte, a morte de sua tripulação em caso de acidente com sua caravela ou até mesmo com a morte de todos pelo fim da comida.

O que é importante destacar aqui é que, ocorrendo os riscos anteriormente citados, as demais pessoas do país de origem de Colombo ou qualquer outro não sofreriam quaisquer consequências.

Diferentemente do que ocorre na sociedade atual, cujos riscos são de cunho global. Não mais importa quem os teriam produzidos. O exemplo trazido por Beck² trata dos efeitos de poluição sofridos pelos países da Noruega e da Suécia, países que são pouco poluentes.

1. BECK, Ulrich. Sociedade de risco – rumo a modernidade. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.25.

2. Ibid, 26.

Os riscos são tantos e tão diversos que eles acabaram se tornando a regra. Atualmente tudo representa um risco, desde a ingestão de um simples leite até a iminência de uma terceira guerra mundial.

O ser humano tornou-se frágil, vulnerável perante o mundo. Zygmunt Bauman³ descreve bem esse sentimento:

(..) medo derivado é uma estrutura mental estável que pode ser mais bem descrito como o sentimento de ser suscetível ao perigo, uma sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos que podem se abater sobre nós a qualquer momento com algum ou nenhum aviso) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender com sucesso; o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis do que no volume ou da natureza das ameaças reais.)

Então sociedade de risco o que é? É a sociedade atual, em que vivemos. Composta de membros frágeis, vítimas de seus próprios excessos e ausente de consciência futura.

Todavia, é uma sociedade, que começa a enxergar a realidade em que se encontra. Dá os primeiros passos rumo à mudança em termos de mentalidade.

Este contexto impacta no Direito Penal, que possui como objeto de análise a ofensa dos bens jurídicos mais importantes. Ocorre que o Direito possui ligações com as demais áreas do conhecimento como a Filosofia, a Psicologia, a Medicina e especialmente a Sociologia.

A criminalização das condutas não é escolhida aleatoriamente e sim de acordo com os valores sociais e, porque não dizer, com o medo sentido pelo legislador. Todavia, atualmente o legislador está mais “assustado”, razão pela qual resolveu criminalizar praticamente tudo. Esquecendo-se do princípio da seletividade. Fábio Roberto D’avila⁴ resume bem esse momento:

A essas novas questões correspondem um igualmente inusitado quadro de dificuldades dogmáticas-penais, pondo em causa conceitos fundamentais e suscitando

3. BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 08.

4. D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivo próprios. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.28.

um modelo alternativo ao paradigmático crime de homicídio. O direito penal contemporâneo defronta-se, pois, com uma causalidade que, para além da própria dimensão transnacional dos danos a que está referenciada, desvanece-se na multiplicidade e cumulatividade de fatores, no tempo diferido ou até mesmo, na incerteza da própria relação causa-efeito. Os bens jurídicos diluem-se nas linhas ainda não suficientemente definidas de novos valores sociais, muitas vezes intermediários, meramente instrumentais. A conduta criminosa e a responsabilidade penal se perdem na complexidade de grandes organizações.

O Direito Penal se defronta com problemas novos, cujas respostas também precisam ser novas. Jorge Figueiredo Dias⁵ relata que as respostas político-criminais frente a esses novos riscos se dão em três pontos centrais: a questão do bem jurídico, os critérios da imputação e a responsabilidade dos entes coletivos. A questão do bem jurídico se revelaria pela ampliação da proteção dos bens jurídicos supra-individuais. Questão essa que será abordada no presente artigo, quando do ingresso da análise do caso concreto do desastre ambiental ocorrido em Mariana/MG.

2 CRIMES OMISSIVOS

Os crimes omissivos apresentam na sociedade contemporânea uma incidência cada vez maior. Em face de inúmeras variáveis, o legislador os usa sem qualquer parcimônia, mesclando seus argumentos em torno de uma política criminal voltada para o abstrato e o incomensurável, principalmente para satisfazer objetivos administrativos poucos esclarecidos.⁶

Tendo em vista a larga utilização desse tipo de crime é necessário entendê-lo mais profundamente. O conceito analítico de crime é composto pela conduta típica, antijurídica e culpável. Os crimes omissivos encontram grande discussão na esfera da conduta.

Com objetivo de melhor explicar essa diferença serão analisadas na sequência as grandes teorias existentes no direito penal sobre a ação.

5. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade de Risco Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 2001.n 33, p. 39/65.

6. TAVAREZ, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 28.

A primeira concepção de conduta trabalhada no direito penal deriva do pensamento pré-causalista de Hegel⁷. Segundo ele a ação seria a expressão da vontade como subjetiva ou moral, ou seja, compreende somente a vontade exteriorizada. Essa teoria sofreu diversas críticas, visto que a ação manteria identidade com a culpabilidade.

Fábio André Guaragni⁸ explica bem esse entrelaçamento. As razões de abandono da linha hegeliana até por volta de 1880, devem-se somente em parte a tudo isso: no exato ponto em que a ação se mesclava à culpabilidade, criando confusão sistêmica, ganha corpo o modo de pensar naturalista, do final do século XIX, com pretensões classificadoras e sistematizadoras mais claras.

Em seguida, a teoria causal/naturalista foi desenvolvida por Franz Von Liszt e Ernst Beling. Fruto da época em que a humanidade estava impressionada com os avanços das ciências naturais, evidenciados na industrialização e no desenvolvimento dos transportes, sua matriz filosófica foi o positivismo naturalista e mecanicista, que coloca a conduta no mundo do ser. Isso é facilmente verificado no conceito de ação de Franz Von Liszt⁹: “a ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem vontade não há ação.” Portanto são dois elementos que compõe a ideia de ação: ato de vontade e resultado.

Mais tarde o próprio Von Lizt¹⁰ altera esse conceito para abarcar a omissão, dizendo que “a ação é uma conduta voluntário no mundo exterior ; causa voluntária ou não impediante de uma modificação no mundo exterior.” Beling¹¹ complementou o conceito de ação dizendo ser esta um “comportamento corporal voluntário.”

As maiores críticas que essa teoria sofreu foram devidas ao fato de colocar a ação dentro do mundo do ser e esvaziar o conteúdo

7. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997, pag. 101/102.

8. GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

9. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, tomo I, p. 217/218.

10. VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madri: Reus, 1927, t. II, p. 297.

11. BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p.20.

da vontade. A ideia era separar os juízos objetivos dos subjetivos quanto aos elementos que compõem a teoria do crime.

Na sequência, para além das teorias sociais da ação no seu primeiro feitio, com Eberhard Schmidt, surgiu a teoria finalista. Conforme essa teoria, a ação da mesma forma que a anterior, pertence à categoria do ser. Ação é objeto que preexiste ao direito penal como ideia. Cabe apenas a esse a função de definir como devem ser essas estruturas lógico-objetivas. Welzel¹², baseado no pensamento clássico aristotélico, disse que “a ação e omissão de uma ação são duas subclasses independentes dentro da conduta suscetível de ser regida pela vontade final.” Para ele, a ação se baseava na capacidade da vontade humana de prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua atividade.

Todavia, esse conceito de ação sofreu diversas críticas. As mais significativas dizem respeito à omissão ser entendida como limitação da ação e ser colocada novamente dentro da ciência do ser. Essa colocação é impossível, visto que ela está condicionada a um dever de agir. Logo, deve ser colocada dentro da categoria do dever-ser.

Pari passu, desenvolvera-se vertentes da teoria social. A ideia dela é buscar a síntese da relação entre o comportamento humano e o mundo circundante. Os dois grandes nomes dessa teoria seriam Jescheck e Wessels. Jescheck¹³ afirmava como ação relevante “aquela capaz de afetar o relacionamento do agente com o meio social a que se insere.” Wessel¹⁴ complementava essa ideia afirmando que “a ação seria a conduta socialmente relevante, dominada o dominável pela vontade humana.”

Essa teoria possui um ponto muito positivo: coloca a ação e omissão no mundo do dever ser. Todavia, peca: a) quando coloca a conduta como categoria que exige relevância social, pois implica numa obrigatória transcendência da esfera individual do autor à do outro; b) quando dá um conceito valorativo à ação, quando na

12. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, 1970, p.276. Imprenta: Santiago, Ed. Juridica de Chile, 1970.

13. JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, parte geral. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Munõs Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, P.296.

14. WESSELS, Johannes. Direito Penal: aspectos fundamentais. parte geral. Trad: Juarez Tavares da 5ª Ed alemã. Porto Alegre: Fabris, 1976, p.22.

verdade este deve ser neutro, pois possui ligação com os demais elementos do crime.

Diante de todo o exposto, conclui-se, juntamente da maioria da doutrina, que os crimes omissivos encontram localizados na esfera do dever ser. Fragoso¹⁵ bem relatava essa mudança da omissão do mundo do ser para o mundo do dever ser. Dizia ele que “a omissão não é apenas um não fazer e que para saber se há omissão” deve-se referir “a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não esta sendo feito e que o sujeito podia realizar.” Nota-se que o sujeito podia e devia fazer algo e não fez, algo muito diferente de apenas não fazer algo.

2.1 AS ESPÉCIES DOS CRIMES OMISSIVOS E SEUS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

Os crimes omissivos se subdividem em próprios ou impróprios. Essas espécies de delito podem ser diferenciadas por três critérios: pelo sujeito, pelo resultado e pelo tipo legal.

O primeiro deles é o critério do sujeito, utilizando por Enrique Bacigalupo¹⁶, o qual consiste em dizer que:

(...) os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeito, porque o dever de assistência, como se dá na omissão de socorro é extensivo a toda coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Enquanto no omissivo impróprio é necessário que o sujeito possua uma qualidade especial, seja o garante e não possui tipos penais específicos.

O segundo critério é o do tipo legal, sustentado por Armin Kaufmann¹⁷. De acordo com ele, “no crime omissivo próprio, a lei descreve a modalidade da omissão. Por exemplo: o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal. Já no

15. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. Revista de Direito Penal e Ciminologia, v.33, p. 44, 1982.

16. BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión, Buenos Aires; pannc-editora, 1970, p.10.

17. KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p 289 e ss.

crime omissivo impróprio não existe a tipificação da omissão como tal.”

O terceiro e último critério é o do resultado, utilizado por Luden¹⁸, pelo qual “os delitos omissivos próprios se exauriam na infração a um simples dever de agir, enquanto os delitos omissivos impróprios pressupunham uma lesão ao direito subjetivo, de modo que na inatividade decorreria a produção de um resultado, tal qual nos delitos comissivos.”

O critério estabelecido por Kaufmann é o mais simples e claro dentre os acima relatados.

Tendo em vista o objeto do presente trabalho, centrado nos crimes omissivos impróprios, passa-se à sua análise mais profunda no próximo item.

2.2 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS: A POSIÇÃO DE GARANTE

A história dogmática do dever de garantia, da posição de garante, conta com diversas teorias. Todavia, as mais importantes são: a teoria formal e a teoria material.

A teoria formal ou clássica baseia o dever de garantia, de modo geral, na lei, no contrato. Feuerbach¹⁹ argumentava que “a omissão não era uma obrigação do cidadão. Para ser, era necessário um fundamento jurídico especial que desse base à obrigatoriedade do agir (lei ou contrato).” Por sua vez, Stübel²⁰ sustentou, em 1828, que, “em determinadas situações, um atuar precedente que coloque alguém em perigo geraria o dever de agir para impedir o resultado.”

As principais críticas a ela dirigidas residem justamente na falta de determinação do conteúdo do dever jurídico e de elementos materiais dele delimitadores, deixando em aberto os bens jurídicos e motivos fundantes e demarcadores do dever de agir.

18. Ibid. Juarez Tavares, pág. 308.

19. Ibid.

20. CARVALHO, Edward Rocha de. Estudo sistemático dos crimes omissivos. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007, pág. 36/37.A

Em oposição, a teoria material/funcional, desenvolvida por Kaufmann²¹, define que “a posição de garantidor era diferenciada conforme os campos de relações nos quais era gerado o dever de impedir o resultado juridicamente proibido.” Ele entendia que esse dever estaria assentado em especiais relações de proteção, assumidas pelas respectivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados. Essas relações seriam reunidas em dois grupos de funções.

O primeiro seria referente aos deveres de proteção e assistência. Nesse grupo estariam incluídos todos os perigos aos bens jurídicos que se situassem na zona de influência oriunda dos deveres impostos aos sujeitos, em virtude de suas relações mais próximas da vítima. O segundo trata dos deveres de segurança e controle. Diz respeito aos deveres de fiscalização ou supervisão de certos objetos geradores de perigo, bem como de perigos decorrentes de ações precedentes realizadas pelo sujeito.

Embora o segundo critério seja mais completo que o primeiro, não foi adotado pelo Código Penal Brasileiro. O legislador resolveu adotar o critério formal, acreditando que ele traria uma maior segurança ao ordenamento jurídico.

No próximo subitem, será analisado o artigo 13, 2º Código Penal, que trata da omissão imprópria.

2.3 ANÁLISE DO ARTIGO 13, 2º, CP

O artigo 13, 2º, alíneas a, b e c do Código Penal é a base, em conformidade com o princípio da legalidade (art 5º, II e XXXIX, da CF), do estudo do dever de garantia.

A alínea a desse artigo relata que tem o dever de agir quem tenha por lei dever de proteção e vigilância. Lei aqui, conforme ensina Tavares²², refere-se “ao processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, bem como leis complementares, leis ordinárias, delegadas, decretos legislativos e medidas provisórias desde que convertidas em lei.” A obrigação de cuidado compreende a higiene, saúde ou alimentação, educação e

21. Ibid. 290 e ss.

22. Ibid 319/320.

instrução. O dever de proteção se refere ao socorro no caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade, e em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência, no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio. Um exemplo que se encaixa perfeitamente nessa hipótese é o previsto no artigo 136 do CP (maus tratos), um tio que possui em sua guarda um sobrinho.

A alínea b se refere a outra forma de assumir responsabilidade de evitar o resultado. Aqui o importante é a relação de confiança surgida em relação ao sujeito que assumiu voluntariamente a responsabilidade de custódia (tornando-se garante) e leve à exposição a riscos maiores dos que se correria em outro caso, ou que se prescindia de outros meios de proteção. Silva Sánchez²³ explica bem como essa forma ocorre:

O compromisso não deve, pois, vincular-se “desde fora” à aceitação de papéis cujo âmbito e obrigações deles derivadas mostram-se extraordinariamente difusos. [...] Daí que é preciso ser extremamente restritivo em tais casos, procurando antes de tudo não “atribuir” ao sujeito compromissos que este em nenhum momento pensou em assumir; isso, mesmo no caso em que estejam “comumente” unidos à investidura em determinado papel social.

Aqui os exemplos são vários, lembrando Tavares²⁴: o salva-vidas de um hotel, em relação aos hóspedes que se banham na piscina; a babá, em relação às crianças cujos cuidados lhe são confiados; a enfermeira, em relação aos pacientes sob seu encargo.

Por fim, pela alínea c, a lei penal aparenta converter em garante aquele que pratica qualquer comportamento anterior perigoso, independentemente de quaisquer delimitações. Trata-se da situação em que um agente intervém na vida alheia, criando perigo que, ao depois, deve neutralizar.

23. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. El delito de omisión: concepto y sistema. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006. pag. 465.

24. TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, pág. 82/83.

Após a análise de como funciona a função do garante no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise do caso concreto.

3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO: DESASTRE DE MARIANA/MG

No dia 05 de novembro de 2015, o Brasil viveu um grande desastre ecológico. Dois reservatórios da Samarco Mineradora se romperam, provocando uma avalanche de lama resultante dos rejeitos da produção de minério de ferro, com a destruição dos imóveis de Bento Rodrigues, distrito pertencente ao município histórico de Mariana/MG. A lama atingiu o Rio Doce e se espalhou por vários municípios, alcançando Governador Valadares e, posteriormente, Colatina, no estado do Espírito Santo. Mortes, pessoas desaparecidas, ilhadas, centenas de pessoas desalojadas, histórias de heróis que salvaram vidas de crianças e adolescentes, momentos de horror e medo, graves danos ao meio ambiente e à saúde pública. Um cenário desolador, um filme de terror, carros suspensos nas paredes das casas. Soterramento de imóveis, algo de causar dor e sofrimento mesmo para quem está distante do local.

Diante das graves consequências humanas e ambientais, a pergunta é: quem suportará as responsabilidades penais pelas mortes, das perdas irreparáveis e do prejuízo pelo desastre ambiental?²⁵

Em uma tentativa de responder a essa questão, desenvolver-se-ão os próximos subitens.

3.1 RESPONSÁVEIS PELOS DANOS

O Ministério Público Federal ingressou com a ação civil pública nº 23863-07.2016.4.01.3800, com pedido liminar contra as empresas Samarco Mineração S.A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda e contra a União e os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, para que sejam obrigados a repara integralmente os danos sociais,

25. PEREIRA, Jeferson Botelho. O desastre de Mariana/MG e a responsabilidade da pessoa jurídica. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/44355/o-desastre-de-mariana-mg-e-responsabilidade-penal-dapessoa-juridica>> Acesso em 06 de dezembro de 2015.

econômicos e ambientais causados pelo rompimento das barragens em Mariana/MG.²⁶

Nessa ação, o *parquet*, pede que o valor preliminar de reparação seja no montante de R\$ 155 bilhões. Esse valor²⁷ foi baseado nos gastos já realizados pelo custeio da reparação dos danos provocados pelo desastre de Deepwater Horizon, ocorrido no México em 2010, conforme reconhece a empresa British Petroleum, responsável pelo vazamento de cerca de 4,9 milhões de barris de óleo, que teria impactado diretamente 180.000 km² de águas marinhas e matado 11 pessoas.

Em casos de desastres ambientais, a Constituição Brasileira é clara quando diz que o dever de defender o meio ambiente é solidário entre o poder público e a coletividade, conforme dispõe seu artigo 225. No mesmo sentido, a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.

Para efeitos penais, a palavra-chave aqui é omissão. O Poder Público (União e Estados de Minas Gerais e Espírito Santo) possuía o dever legal de evitar o resultado, assumindo seus funcionários a função de garante. Fernando Noronha²⁸ explica que “*para responsabilização da pessoa é necessário que dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada.*” É exatamente este o caso. Os agentes de Estado emitiram a licença ambiental que autorizou o exercício da construção da barragem por meio de seus órgãos e entidades ambientais e minerárias, como IBAMA, DNPM e SEMAD, deixando de fiscalizar a segurança da barragem de rejeitos de Fundão. Pode-se construir, também, a partir da omissão, a responsabilidade dos entes coletivos, no que toca aos crimes ambientais (o desastre transcendeu-os). Porém, a discussão envolve a responsabilidade criminal de entes da administração pública

26. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Samarco. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1>> Acesso em 20 de maio de 2016.

27. Ibid.

28. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469.

direta, distante da pacificação. Registra-se, com Vladimir Passos de Freitas²⁹:

...mesmo que tenha havido abalo sísmico, é resultado de ações ou, no mínimo, omissões. A mineradora cumpriu as regras exigidas? Os servidores do DNPM fiscalizaram o reservatório de contenção? Pelo menos os artigos 33, 54, parágrafo 2º, II e III, 58, III e 69-A da Lei 9.605/98 podem ter sido infringidos pela pessoa jurídica (Samarco) e por pessoas físicas.

A seu turno, existem indícios de que a Samarco, bem como a BH, possuem responsabilidade diante de toda tragédia ocorrida. Todavia, é importante não esquecer a responsabilidade da Mineradora Vale do Rio Doce, que como bem explicou o *Editorial de Direito Ambiental*:³⁰” além de acionista da Samarco, a Mineradora Vale depositava seus rejeitos na barragem que rompeu, motivo pelo qual também é responsável direta pelo ocorrido.” São cerca de 55 milhões de metros cúbicos de rejeito tóxico de mineração, o suficiente para encher 22 mil piscinas olímpicas que mataram, destruíram e ainda destruirão por muitos anos.

Destaca-se, em separado, a ausência de um plano eficaz de contingência por parte das mineradoras acima relatadas.

3.2 AUSÊNCIA DE UM PLANO EFICAZ DE CONTENÇÃO

O fator que torna ainda mais complicada a situação das mineradoras é a ausência de um plano eficaz de contenção³¹: “Com efeito, qualquer local onde se armazenam efluentes tóxicos deve instalar bacias de contenção para o caso de vazamentos e o que se viu foi a ausência de um sistema de segurança.”

No mesmo sentido, relata o desembargador aposentado do TRF da 4ª região Vladimir Passos de Freitas:³² “que segundo depoimento do Promotor Felipe Faria de Oliveira perante Comissão

29. FREITAS, Vladimir Passos de. Desastre em Mariana mudará práticas de empreendimentos de risco. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-22/segunda-leitura-desastre-mariana-mudara-praticas-empresendimentos-risco>> Acesso em 08 de dezembro de 2015.

30. EDITORIAL DE DIREITO AMBIENTAL.COM. As lições do desastre ambiental de Mariana/MG. Disponível em <<http://direitoambiental.com/as-licoes-do-desastre-editorial-de-direitoambiental-com/>> Acesso em 11 de dezembro de 2015.

31. Ibid.

32. Ibid.

na Assembleia Legislativa, “o plano de emergência da Samarco não previa treinamento da comunidade em caso de desastre”.

Diante de todo o acima exposto, verifica-se mais uma vez o descaso da Samarco, da BHP e da Vale do Rio Doce com toda a fauna e a flora ali existentes. Houve uma demora para que fossem colocadas as boias de contenção na região de Mariana/MG e/ou não foram colocadas em número suficiente, visto que a lama tóxica chegou até o Estado do Espírito Santo.

Ao encaminhar o encerramento do texto, interessa relatar algumas considerações realizadas pelo IBAMA em um laudo técnico, realizado pouco menos de um mês após a ocorrência dos fatos.

4 CONSEQUÊNCIAS DO DESASTRE

Os resultados do ocorrido no fatídico dia 05 de novembro de 2015 não são exatos, pela impossibilidade de se prever em quanto tempo a fauna e a flora serão restabelecidas.

Todavia, em uma tentativa de dar uma ideia das consequências do ato, até para ajudar no processo de responsabilização das empresas, o IBAMA realizou um laudo técnico. Nele³³, consta que a catástrofe socioambiental atingiu 663 km de rios e destruiu 1.469 hectares de terras, incluindo Áreas de Preservação Permanente (APP). No distrito de Bento Rodrigues, 207 das 251 edificações (82%) foram soterradas. Os rejeitos de mineração formaram uma onda de lama que afetou diretamente 663 km no Rio Doce e seus afluentes, chegando ao oceano em 21/11, no município de Linhares, no Espírito Santo. A destruição de Áreas de Preservação Permanente ocorreu no trecho de 77 quilômetros de cursos d’água da barragem de Fundão até o Rio do Carmo, em São Sebastião do Soberbo (MG). Os impactos no ambiente marinho ainda estão em curso e não foram avaliados neste relatório.

Das mais de 80 espécies de peixes apontadas como nativas da bacia antes da tragédia, 11 são classificadas como ameaçadas de extinção e 12 são endêmicas do Rio Doce – ou seja, existiam

33. EDITORIAL DE DIREITO AMBIENTAL.COM. Laudo Técnico do Ibama revela os números por trás do desastre socioambiental de Mariana/MG. Disponível em <<http://direitoambiental.com/laudo-tecnico-do-ibama-divulga-os-numeros-por-tras-do-desastre-socioambiental-de-marianamg/>> Acesso em 11 de dezembro de 2015.

apenas lá. “A mortalidade instantânea é apenas um dos impactos aos organismos aquáticos”, apontam os técnicos. “Muito mais do que os organismos em si, os processos ecológicos responsáveis por produzir e sustentar a riqueza e a diversidade do Rio Doce foram afetados.”

As medidas para reparação dos danos à vegetação e dos impactos à fauna, à qualidade da água e socioeconômicos, entre outros, deverão ser realizadas por, pelo menos, dez anos, avaliam os técnicos do Ibama. Cabe ressaltar que os impactos ambientais não se limitam aos danos diretos, devendo ser considerado que o meio ambiente é um sistema complexo, no qual diversas variáveis se inter-relacionam, especialmente no contexto de uma bacia hidrográfica, sendo que as medidas de reparação dos danos, tangíveis e intangíveis, quando viáveis, terão execução a médio e longo prazo, compreendendo neste caso pelo menos dez anos.

Os efeitos da tragédia operam-se em cascata. Alguns vistos a olhos nus, como a morte de peixes e outros invisíveis, como a inter-relação das diversas espécies animais e vegetais do ecossistema.

Que lição é possível tirar do desastre? Délton W. Carvalho e Fernanda Damacena³⁴ dizem

que desastres chamam a atenção para a necessidade de uma maior integração às nuances multifacetadas de sua constituição e das vulnerabilidades socioambientais envolvidas em uma determinada comunidade. Ou seja, em suas múltiplas dimensões tais como saúde pública, meio ambiente, economia, transporte, abastecimento de serviços públicos, etc.

Logo, que o desastre sirva de exemplo do que não se deve fazer e que desperte a sociedade para essa ideia de conjunto e interligação entre tudo que a compõe.

CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade de risco, em que o Direito Penal passou a se preocupar com sobremaneira com as externalidades da atividade empresarial e organizações de produção e distribuição de bens e serviços em geral. Essa mudança de visão possui uma

34. CARVALHO, Délton Winter; DAMACENO, Fernanda Dalla Libera. Direito dos Desastres. Livraria do Advogado: Rio de Janeiro, 2013, p. 97.

influência direta na produção de novos tipos penais, em especial, os crimes omissivos impróprios.

Diante desse cenário, o caso concreto da tragédia de Mariana/MG evidencia a responsabilidade penal, cingida aos crimes ambientais, por omissão do Estado (a parte a questão da respectiva atribuição a entes da administração direta) e das mineradoras Samarco, BHP e Vale do Rio Doce, ante a falta de um plano de emergência para contenção dos dejetos tóxicos e os danos causados pelo desastre em termos de flora e fauna.

Diante de tudo que foi pesquisado e escrito conclui-se que só será possível a proteção do meio ambiente, se houver uma maior integração entre os diversos ramos que compõem a nossa sociedade. Todavia, para que isso ocorra é preciso mudar a mentalidade dos indivíduos que a compõem. Pensar em primeiro lugar no coletivo do que no indivíduo, pois esse está inserido naquele.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión, Buenos Aires; panne-editora, 1970, p.10.
- BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 08.
- BELING, Ernst. Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires: Depalma, 1994, p.20
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco – rumo a modernidade. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.25.
- CARVALHO, Délton Winter; DAMACENO, Fernanda Dalla Libera. Direito dos Desastres. Livraria do Advogado: Rio de Janeiro, 2013, p.97.
- CARVALHO, Edward Rocha de. Estudo sistemático dos crimes omissivos. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007, pág. 36/37.
- D`AVILA. Fábio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.184.
- EDITORIAL DE DIREITO AMBIENTAL.COM. As lições do desastre ambiental de Mariana/MG. Disponível em <<http://>

direitoambiental.com/as-lico-es-do-desastre-editorial-de-direitoambiental-com/> Acesso em 11 de dezembro de 2015.

EDITORIAL DE DIREITO AMBIENTAL.COM. Laudo Técnico do Ibama revela os números por trás do desastre socioambiental de Mariana/MG. Disponível em <<http://direitoambiental.com/laudo-tecnico-do-ibama-divulga-os-numeros-por-tras-do-desastre-socioambiental-de-marianamg/>> Acesso em 11 de dezembro de 2015.

FARIA COSTA, José Francisco de. O Perigo do Direito Penal. Coimbra Editora: Coimbra, 1992, p. 30.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade de Risco Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 2001.n 33, p. 39/65.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. Revista de Direito Penal e Ciminologia, v.33, p. 44.

FREITAS, Vladimir Passos de. Desastre em Mariana mudará praticas de empreendimentos de risco. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-22/segunda-leitura-desastre-mariana-mudara-praticas-empresendimentos-risco>> Acesso em 08 de dezembro de 2015.

GUARAGNI, Fábio André. As teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Princípios da Filosofia do Direito. Trad. Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997, pag. 101/102.

JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, parte geral. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Munõs Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, P.296.

KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. 2ª edição alemã por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p 289 e ss.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF entra com ação para total reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Samarco. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de->

imprensa/noticias-mg/mpf-entra-com-acao-para-total-reparacao-dos-danos-sociais-ambientais-e-economicos-causados-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-1> Acesso em 20 de maio de 2016.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469.

PEREIRA, Jeferson Botelho. O desastre de Mariana/MG e a responsabilidade da pessoa jurídica. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/44355/o-desastre-de-mariana-mg-e-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>> Acesso em 06 de dezembro de 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 108.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. El delito de omisión: concepto y sistema. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006. pag. 465.

TAVARES, Juarez As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, pág. 82/83.

TAVAREZ, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. Trad: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, tomo I.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Madri: Reus, 1927, t. II.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Imprenta: Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. Direito Penal: aspectos fundamentais. parte geral. Trad: Juarez Tavares da 5ª Ed alemã. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral. 9 ed. São Paulo: RT, 2011.

CAPÍTULO V

O ERRO NOS DELITOS ECONÔMICOS UMA ANÁLISE SOB O FOCO DA LEI PENAL EM BRANCO

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui formação complementar em Direito Penal e Processo Penal Alemão, Europeu e Internacional pela Georg-August-Universität Gottingen, Alemanha. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Professor do Curso Jurídico. Professor da Pós-graduação do UNICURITIBA e da TUIUTI. Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro da Comissão de Advocacia Dativa da OAB/PR. Membro do grupo de pesquisa;Direito Penal Econômico: repercussões da sociologia contemporânea; coordenado pelo Professor Doutor Fábio André Guaragni. Membro do grupo de pesquisa;Modernas Tendências do Sistema Criminal; coordenado pelo Professor Doutor Paulo César Busato. Membro da Comissão Permanente de Estudos de Direito Penal do Canal Ciências Criminais coordenado pelo Professor Evinis Talon.

INTRODUÇÃO: TÉCNICAS DE REENVIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

Quando se pesquisa o campo econômico do Direito Penal, nota-se porque não raras vezes o legislador optou por criminalizar condutas em forma de tipos penais abertos ou normas penais incriminadoras incompletas. No período pós-moderno, com o constante avanço dos meios de comunicação e de informática, propiciando um mundo “completamente” globalizado, onde há evidente verticalização do conhecimento, resta claro que a sociedade – tecnológica – é muito mais dinâmica do que as leis, com isso, o

direito penal busca se adaptar à essa nova ordem social e o faz por meio da utilização proliferada de leis penais em branco.¹

Significa dizer que, no campo do direito, se fosse necessária a atuação do processo legislativo para atualizar determinados campos que estão sob a guarda do direito penal, essa tutela seria via de regra atrasada. Por isso, o legislador utiliza-se de normas penais em branco e outras técnicas de reenvio como uma forma de escape, o que acaba por culminar em uma célere e rápida à atualização da legislativa. Isso demonstra a dupla utilidade político-criminal das normais penais em branco: a primeira, que remete a norma penal incriminadora incompleta à complementos cuja edição exige menos formalidades que a lei penal, permitindo uma constante atualização do tipo incriminador sem que haja necessidade de revisão mediante sucessivos projetos de lei; a segunda, refere-se ao avanço na área de conhecimento técnico, observando o legislador a necessidade de um conhecimento técnico para edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas.²

É dizer, as normas penais transitam por setores (informática, segurança alimentar, biossegurança) diversos e o legislador não detém o conhecimento especializado sobre essas matérias. Os detentores desse conhecimento são especialistas, que se apresentaram de forma massiva no período pós revolução industrial, logo, a maneira encontrada para dar abertura a esses especialistas foi a norma penal em branco (Comitê Trabalho nacional de Biosegurança/ Ministério da Saúde).

O que é realmente peculiar, na ordem econômica, é a velocidade e a volatilidade da economia, inserida em um mercado globalizado, que resulta em constantes mudanças nas demandas por prestatividade social, exigindo, por parte do Estado, respostas rápidas e capazes de prevenir ou até superar crises econômicas e de adequar as contingências da situação às possibilidades de prestatividade social. É evidente que a morosidade do processo legislativo revelar-

1. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014. p. 90.

2. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014. p. 32.

se-ia incompatível para sobrepor interesses políticos nacionais às diretrizes *glocais*³ do desenvolvimento econômico.⁴

1 MODALIDADES DE REENVIO

Uma vez que a ordem econômica é um bem jurídico supra individual, encontra-se estritamente vinculada a outros ramos do direito, principalmente ao direito administrativo. Isso porque este é regulado e condicionado por meio de normas provenientes de outras esferas jurídicas. Sendo assim, para que a ordem econômica seja atingida deve existir necessariamente uma violação prévia das normas que regulam o seu conteúdo. E se há, por qualquer razão, seja histórica, social ou econômica, mudança nas normas reguladoras, há também variação do conteúdo do próprio bem jurídico tutelado.

Por essa razão adota-se, em casos que tais, o recurso de uma remissão normativa, que consiste na única via capaz de manter a atualidade da proteção pretendida, pois é a conexão entre a conduta com as normas que determinam as – novas – condições da existência do bem jurídico que poderá proporcionar a tutela que se busca.

Nesse contexto, faz sentido o uso das técnicas de reenvio, a fim de manter essa ordem jurídica e salvaguardar o bem jurídico; através dessas técnicas, uma conduta é encaixada no tipo penal, que por sua vez é remetido a uma Norma regulamentadora extrapenal ou penal para dar complemento à norma.

Quatro são as modalidades de reenvio: i) norma penal em branco; ii) elementos normativos do tipo; iii) tipos abertos; iv) remissão a atos concretos da administração pública.

1.1 NORMA PENAL EM BRANCO

O ponto de partida, quando se estuda lei penal em branco, diz respeito a uma elaboração conceitual desta técnica legislativa, tendo em vista que a doutrina não pacifica um conceito sobre o tema.⁵

3. O termo “glocal” resulta de um neologismo dos termos globalização e localização. Diz respeito à presença da dimensão local mas que acontece em todas as partes do globo.

4. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70.

5. BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014. p. 146.

A definição de lei penal em branco é atribuída a Karl Binding ao considerar que na Alemanha Estados Federados tivessem a possibilidade de complementar algumas leis penais, constatando além disso, alguns traços, tais como: o fato de as leis penais em branco se caracterizarem pela ameaça com pena a violação a proibições estabelecidas por uma autoridade federal, local ou outras de um poder legislativo particular; por permitir que o Direito Particular decida quais são as autoridades que detém a faculdade de estabelecer proibições; por possibilitar que estas proibições se estabeleçam tempo após ter sido ditada a lei penal.⁶

Mezger é quem amplia o conceito de lei penal em branco, inclusive atribuindo-lhe classificações – imprópria ou própria.⁷ Define, que a lei penal em branco heterogênea é aquela que permite que a complementação seja efetuada por disposição emanada de outra instância legislativa, ou seja, de uma instância legislativa hierarquicamente inferior à da lei formal; e a homogênea, seria a que exige que a complementação fosse por uma instância legislativa contida na mesma ou em outra lei de hierarquia legislativa semelhante.

Podemos afirmar que a verdadeira norma penal em branco é somente a heterogênea ou própria, pois o legislador não precisa de um especialista para complementar o que ele mesmo fez.

O objetivo das leis penais em branco é satisfazer os fundamentos que justificam a sua existência: atribuir flexibilidade e capacidade de atualização à lei penal, e possibilitar a elaboração de parte da proibição por quem possui conhecimento específico e aprofundado sobre a matéria a ser regulada.⁸ Portanto, somente pode ser eleito como norma penal em branco aquela cuja função é tipificar delitos.⁹ Quando a lei penal prevê a sanção e remeta parte

6. BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014. p. 146.

7. Preferimos utilizar homogênea ou heterogênea.

8. BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014. p. 165.

9. GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativo: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

do seu preceito primeiro à complementação, estaríamos diante de uma lei penal em branco.

Sendo assim, a importância de leis penais em branco para garantir eficiência do direito penal econômico é imprescindível. Não só para isso, como também para assegurar que a função do Direito Penal¹⁰ seja devidamente efetivada.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO CAMPO DE UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REENVIO: UM SIGNO DA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A primeira dificuldade que se depara todo aquele que se aventura a estudar ou escrever sobre o Direito Penal Econômico é de como se deve delimitar o tema. De nada adianta ao jurista conhecer o fundamento, o método e o fim a ser alcançado pelo direito, se o objeto da lei escapa, isto é, se sobre a matéria na qual há regulação, nada se sabe.

Há consenso de que o Estado deve interferir na Economia, não só controlando e corrigindo os excessos praticados pela iniciativa privada, como também redistribuindo as riquezas através de uma política fiscal que lhe permita ainda adquirir seu próprio patrimônio destinado à realização de atividades caracterizadas mais por sua rentabilidade social que econômica – transporte, saúde, etc.¹¹

Surge, no cenário do século XX, o Direito Penal Econômico como um conjunto de normas que tem como escopo basilar sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas, que no âmbito das relações econômicas ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.¹² É dizer, o Direito Penal Econômico é empregado para reprimir manifestações contrárias à gestão estatal da economia como *prima ratio legis*, tutelando a

10. Proteção de Bens Jurídicos

11. MUNOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 11, jul/set. 1995. p. 7-20.

12. PIMENTEL, Manuel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 10.

preservação da ordem econômica e compondo um novo campo de criminalidade voltado: i) à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; ii) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços.¹³

Com essa “nova” criminalidade global (“white-collar and corporate crimes”), transnacional, é natural que possa legitimamente se falar em um “novo” espaço do direito penal econômico, espaço este que resulta em uma grande medida, vez que o princípio da territorialidade não é suficiente para abarcar a fenomenologia da criminalidade econômica.¹⁴

Na verdade, este ordenamento específico demonstra que o legislador, não raro, lançou mão da técnica das normas penais em branco, bem como recorreu com frequência ao recurso das chamadas técnicas de reenvio, inclusive colocando em cheque o próprio princípio da legalidade com o excessivo recurso à tipificação por meio destas e o uso frequente de elementos normativos para composição dos tipos objetivos.

O direito penal econômico passa então a ser definido como a soma das normas jurídico-penais que se situam no espaço acobertado pelo direito econômico, mas, essa definição acaba por assentar em um conceito tão vago e polivalente como o de direito econômico.¹⁵ Na realidade o direito penal econômico se define sempre se relacionando com um objeto de política-criminal, qual seja, o da prevenção da criminalidade econômica

Com isso, há que se fazer uma série de ajustes principiológicos, que vão desde a teoria do delito, até a que culmina inclusive, na teoria da pena. Quando um delito é inserido no catálogo de direito

13. GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139.

14. COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal econômico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 27.

15. COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal econômico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 24.

penal econômico, trabalha-se com considerações dogmáticas e principiológicas típicas do direito penal econômico.

Surge então um outro problema, a determinação do fator com a delimitação no campo do direito penal econômico: o que é ordem econômica penalmente tutelada? Dois são os caminhos para definir o que vem a ser a “ordem econômica”, o que reconhece um conceito que compreenda todas as ofensas à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços, e outro, que cuida da tutela de interesses supraindividuais relacionados à ordem da economia instituída e dirigida pelo estado.¹⁶

2.1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO ESTRITO

Em sentido estrito, Direito Penal Econômico abrangeria os delitos que atentam contra a atividade interventora e reguladora do estado na economia, englobando ainda todas as infrações que ofendessem as condições essenciais de funcionamento do sistema econômico, formando uma categoria homogênea. Em outras palavras, seriam aqueles injustos penais que lesionam ou colocam em perigo a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.¹⁷

Sob esta ótica, o bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico seria a ordem econômica existente. Isto é, o estatuto jurídico que regulava a economia de mercado, como por exemplo, vedar o monopólio, vedar práticas que coloquem em risco a livre concorrência.¹⁸

Já, em um enfoque economicista, delito econômico seria uma infração que lesiona ou coloca em perigo uma atividade diretora, reguladora ou interventora do Estado na economia. É dizer, são comportamentos descritos em lei que lesionam a confiança da ordem econômica vigente, ou, que lesione a confiança de alguma

16. BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal español. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001. p. 3-20.

17. BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal español. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001. p. 54.

18. TIEDMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. Cuadernos de política criminal. Edersa, n. 28, Madrid. 1986. p. 65-70.

instituição em particular, portanto, que coloque em perigo a própria existência dessas formas de atividade nessa ordem econômica.

Logo, o direito penal econômico em sentido estrito dedica-se ao estudo dos delitos que lesionam ou colocam em risco a atividade reguladora do Estado – *lato sensu* – na economia e as consequências jurídicas que a lei prevê para os infratores.¹⁹

2.2 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO AMPLO

Em uma acepção ampla, o Direito Penal Econômico não detém condições sistemáticas de delimitação do alcance do seu horizonte cognitivo nos delitos econômicos, isso porque confere atenção à qualidade da atividade afetada, independentemente do bem jurídico penalmente tutelado. Um crime de ofensa individual poderia ser considerado um delito econômico sempre que a execução da conduta alcançasse atividades econômicas reguladas no segmento da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

É dizer, haveria uma violação da ordem econômica em sentido amplo quando a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços sofresse alguma transgressão. Diante disso, parece haver uma falha na maneira de ver e entender a ideia de ordem econômica, é evidente que não há duas acepções que coexistem – como alguns autores afirmam –, posto que a segunda (estrita) substituiu a primeira através de uma sucessão histórica, o direito penal econômico de primeira geração pretendia defender a atuação do estado na economia, já o direito penal econômico de segunda geração – atual –pretende trabalhar com a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim, não se trata de reconhecer para o efeito de tutela penal a noção econômica *lato sensu* ou *estricto sensu*, como propõe toda a doutrina.²⁰²¹

19. CERVINI, Raúl. La perspectiva integrada del derecho penal económico. In Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico. Montevideo: IBDeF, 2012. p. 142.

20. PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

21. CASTELLAR, João Carlos. Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 203-211.

O Direito Penal Econômico surge com o escopo de blindar a intervenção do Estado na economia. Atualmente, o projeto do direito penal econômico é muito diferente do que tínhamos quando ele surgiu, principalmente porque, a partir dos anos 60 houve a substituição dos modelos de bem jurídico e ordem econômica.

Essa mudança ocorreu por razões: a) político-históricas: advento de um estado social e democrático de direito – “Welfare State”; b) filosóficas e; c) sociológicas: com a sociologia do risco, a ideia de sociedade de risco decantada no Beck.

Uma grande crítica que se faz ao direito penal econômico é quanto a sua delimitação. Parte-se da premissa de que o saber econômico norteia o direito penal em seu horizonte cognitivo, a fim de que o poder punitivo possua condições de criminalizar somente aquelas práticas consideradas ofensivas à política econômica, na exata medida em que possa subverter o reconhecimento simbólico de valores consagrados como relevantes ao desenvolvimento humano.

O livre mercado, por exemplo, apresenta-se ao direito penal como um objeto material de tutela legítima, não enquanto um valor-em-si, ou tampouco, porque a maioria dos ordenamentos constitucionais o consagra positivamente em sua dimensão axiológica, mas sim, porque em um desenvolvimento histórico ele tem se mostrado relevante para a consecução menos onerosa possível dos objetivos do homem enquanto pessoa.²²

3 O TRATAMENTO DO ERRO NA ATUALIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

3.1 O TRATAMENTO DO ERRO DE TIPO

Examinar o instituto do erro de tipo é imprescindível, pois partindo-se da premissa que em um sistema analítico de crime, elaborado em torno da proteção dos bens jurídicos – funcionalismo –, no qual a tipicidade é composta por um tipo objetivo e um tipo subjetivo, analisar a incidência desse instituto pode tornar a conduta do agente atípica.

22. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

O erro de tipo, presente no caput do artigo 20 do nosso Código Penal²³ é um fenômeno jurídico que determina a ausência de dolo quando, presente a tipicidade objetiva da conduta, ao agente falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo. Isto é, aquele que acredita que está disparando em um urso, mas de fato atira no companheiro de caçada; ou quem se apodera do casaco que está no guarda-roupa da cafeteria e com ele sai, crendo que se trata de seu próprio casaco.²⁴

Nota-se que, nos exemplos, o erro do sujeito ativo recai sobre requisitos do tipo objetivo: no primeiro o sujeito ignora que sua conduta causa a morte de um homem, e isto determina que o sujeito realize um fazer final de caçar um urso – e não uma conduta final de homicídio –; no segundo, o sujeito ignora que se trate de coisa alheia, isto determina que ele tenha um fazer final de levar seu próprio casaco consigo – e não um fazer final de furtar um casaco. Há um desaparecimento da finalidade típica, da vontade de realizar um tipo objetivo, e não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há que se falar em dolo²⁵, portanto, a conduta do sujeito é uma conduta atípica.

Sempre que se fala em erro, há que se fazer uma distinção entre erro evitável ou vencível, e erro inevitável ou invencível. Considera-se evitável aquele que não teria ocorrido se a diligência devida tivesse sido empregada, por outro lado, o erro inevitável é aquele que mesmo que o sujeito tenha empregado a diligência devida, não teria como escapar da situação que o fez errar. Nos casos do erro de tipo evitável a tipicidade dolosa é excluída, mas, havendo a modalidade culposa para o delito e no caso concreto, se configurarem seus pressupostos, a conduta poderá ser típica. Sendo o erro de tipo inevitável, além de ser eliminada a tipicidade dolosa, há o descarte de qualquer outra forma de tipicidade.²⁶

23. Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

24. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

25. Querer a realização de um tipo objetivo.

26. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

Importante esclarecer que, quando falamos de erro de “tipo”, estamos diante de um conceito jurídico que abrange dois fenômenos que psicologicamente podem ser distinguidos, mas que jurídico-penalmente têm os mesmos efeitos: erro e ignorância, esta é a falta de conhecimento sobre algo, aquele é conhecer falsamente algo. Do ponto de vista da ciência penal, ambos têm os mesmos efeitos.²⁷ Não estamos tratando aqui de equiparar ausência de conhecimento da ilicitude com a ignorância da lei, tema que será abordado mais adiante neste trabalho. O que esta pesquisa defende é que no contexto de erro de tipo tanto a ignorância quanto o falso conhecimento de algo eliminam o dolo da conduta.

Na teoria do delito há dois momentos em que “conhecimento” sobre algo se apresenta de maneira fundamental. Em primeiro lugar, no dolo, quando se exige o conhecimento dos elementos objetivos de um tipo, o que pode levar ao erro de tipo; em segundo lugar, nas causas de justificação, pois em todas elas é necessário que o autor da conduta típica eventualmente justificada tenha conhecimento das circunstâncias que configuram a causa excludente. Portanto, um suposto erro só pode ser detectado no momento em que se examina o dolo do sujeito ativo, e posteriormente no momento em que se examina a antijuridicidade em relação aos pressupostos de uma causa de justificação. Dito isso, não se pode confundir o erro sobre a valoração jurídica do fato, ou como chama a doutrina majoritária como erro de proibição²⁸, o que será analisado a seguir.

3.2 O TRATAMENTO DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Estudar o instituto do erro de proibição, presente no artigo 21 do Código Penal, é deveras importante uma vez que a sua incidência é capaz de afastar completamente a culpabilidade do indivíduo.

O erro de proibição recai sobre a compreensão da antijuridicidade de uma conduta; quando invencível, ou seja, insuperável, mesmo com a devida diligência, o sujeito não poderia compreender a antijuridicidade do injusto, seu efeito é o de eliminar

27. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

28. RAMÍREZ, Juan J. Bustos. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Trotta, 2004. p. 114-115.

a culpabilidade; quando vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está firmada em um nível correspondente.²⁹ Em outras palavras, o erro de proibição é aquele produzido pelo sujeito que embora conheça todos os pressupostos típicos, por circunstâncias particulares suas, desconhece a proibição do fato, e não afeta o dolo nem a culpa – que são elementos da tipicidade – mas sim exclui ou deixa menos reprovável a culpabilidade do sujeito.³⁰

A formulação dominante na Alemanha, Itália e Espanha é fundada no que Alaor Leite chamou de tese da incompatibilidade entre dúvida e erro. Segundo esta teoria, quem age sob um efeito de dúvida ante a proibição de uma conduta atuária com a consciência eventual do injusto, portanto, não mereceria a atenuação ou mesmo a exclusão da responsabilidade prevista no artigo 21 do CP, segunda parte e segunda frase, e artigo 21, segunda frase, primeira parte, respectivamente.³¹ Em outras palavras, a dúvida sobre a proibição de uma conduta deve ser tratada como consciência eventual do injusto, sendo assim, incompatível com o instituto do erro de proibição.

Em um único caso se admite exceção à regra da punição sobre a proibição, é aquele no qual a dúvida recai sobre os deveres jurídicos que se auto excluem. Pense num funcionário público que, se age, pode vir a cometer em ilícito penal qualquer, e, se se omite, pode cometer delito funcional, como por exemplo o favorecimento real ou delito de prevaricação.³² A doutrina já está caminhando no sentido de admitir o não merecimento de pena em outros casos de dúvida sobre a proibição, afirmando para tanto, que apesar da consciência eventual do injusto por parte do sujeito, a omissão da ação possivelmente proibida pareça inexigível.³³

29. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 570.

30. CONLLEDO, Miguel Díaz y García. El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 159-170.

31. LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

32. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A culpabilidade no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 234.

33. LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25

Saliento que o substrato da valoração da ilicitude não é constituído apenas por um problema de desvalor ligado a um dever-ser jurídico. Deve-se saber que a conduta como tal é proibida legalmente, uma vez que o desconhecimento desta causa de proibição impede a consciência total do substrato da valoração, gerando insuficiência na orientação da consciência ética do sujeito ativo para o problema da ilicitude.³⁴ Não basta àquele sujeito, que age tipicamente, conhecer a situação típica, é necessário saber ou poder saber que a sua atuação é proibida.³⁵

Afinal, o que se espera de um direito penal fundado no finalismo não é se o sujeito ativo conhece ou não a proibição, mas se o sujeito ativo poderia ou não conhecê-la, dando espaço para o chamado “conhecimento potencial”.³⁶

A conclusão que se chega é que, de maneira geral – e partindo da estrutura analítica de crime –, pode-se dizer que o erro de tipo corresponde à falta de dolo, enquanto o erro de proibição equivale à ausência da potencial consciência da ilicitude. Contudo, até aí nada de novo foi dito.

A exposição feita acerca da delimitação do direito penal econômico, do instituto do erro e das técnicas de reenvio mostra que há em nome da eficácia jurídica uma tentativa de hipertrofiar seu campo de atuação. Isso porque o legislador não só abusa da aposição a tipos penais de elementos normativos, de elementos de valoração global de fato e de elementos de referências normativas.

Muito se discute sobre o instituto do erro no campo do Direito Penal Econômico. Nessa perspectiva, Martínez-Buján Pérez afirma que a busca da redução da órbita de aplicação do erro de proibição em detrimento do erro de tipo, proposto pela doutrina alemã e espanhola na esfera do Direito Penal Econômico está longe de achar um ponto final.³⁷

34. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 364.

35. SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana García, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 433.

36. SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana García, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 437.

37. MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: Parte general*.

Martínez-Buján Perez constata o início dessa alteração em Hans Welzel, em diversos trabalhos publicados na década de 50, em especial, num elaborado sobre o erro na esfera do Direito Penal Tributário, em 1953, no qual formulou sua tese de pretensão tributária, defendendo que há existência do erro de tipo em hipóteses de desconhecimento do dever tributário pelo agente.

O autor identificou ainda que essa ideia foi fervorosamente combatida por Manfred Maiwald, que sustentava, na época, que o erro vencível sobre elementos normativos jurídicos no âmbito do Direito Penal Econômico, e especificamente sobre a chamada teoria da pretensão tributária, incidiria em erro de proibição.³⁸

Posteriormente, Hans Welzel produziu outro giro dogmático provocando uma quebra no pensamento de Manfred fazendo com que a doutrina alemã interpretasse que aquele sujeito que se encontrava em situação de desconhecimento do dever tributário, não teria o escopo de atuar dolosamente, alterando então o entendimento da incidência do artigo 307 da sua legislação tributária.³⁹ Hans Welzel (1993, p. 354) afirmava que o autor tem que conhecer a pretensão tributária concretamente existente e terá que querer evadi-la frente às autoridades aduaneiras, mas aquele que não conhece a pretensão tributária concreta se encontra em hipótese de erro de tipo que exclui o dolo do tipo.

Contudo, Manfred Maiwald refuta as conclusões de Hans Welzel por um motivo crucial, não é a espécie da lei – seja ela completa ou em branco – que determina o grau de exigência de dolo do agente, e sim seu conteúdo material. Ou seja, não é propriamente uma espécie de lei que deve regular ou não a matéria atinente à exigência que se deve fazer ao dolo do agente, já que a descrição da matéria proibitiva sob forma de lei penal em branco ocorre tão-somente por razões de conveniência do legislador, que opta pela aposição, nos variados tipos penais, de elementos normativos ou pela remissão normativa.⁴⁰

Valencia: Tirant lo blach. 1998. p. 181.

38. MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico: Parte general. Valencia: Tirant lo blach. 1998. p. 181. p. 140.

39. MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario. Traducción Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997. p. 25-33.

40. ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto

Agora, deve-se avaliar se o desconhecimento do dever tributário precisa ou não integrar o dolo, uma vez que não há prejuízo absoluto pelo caráter da lei de defraudação tributária tratar-se de lei penal em branco, devendo-se ponderar se o desconhecimento do dever tributário seria erro de tipo ou erro de proibição.⁴¹

Nesse contexto, Carlos Martínez-Bujan Pérez sugere que se adotem regras diferentes para o erro de proibição quando se tratar de Direito Penal Econômico, afirmando que acolher, nesses casos, a teoria do dolo acabaria por representar uma solução muito mais adequada às hipóteses, isso porque supriria a dificuldade em se afirmar que o desconhecimento do dever tributário – e dos demais elementos normativos jurídicos do tipo – afastaria a consciência da ilicitude e, com ela, o próprio dolo.⁴²

José Cerezo Mir, embora reconheça a adoção pelo Código Penal Espanhol da teoria da culpabilidade, propõe que não seria necessário adotar a teoria do dolo sem se falar de regulação dos delitos monetários, ou no chamado âmbito do direito penal econômico,⁴³ mas que fosse criado uma figura específica dentro desse direito nos casos de erro de proibição vencível. Neste caso, o magistrado deveria reduzir a pena em um ou dois terços ou eximir o sujeito de responsabilidade quando o erro for invencível, afirmando para tanto que a consciência da antijuridicidade da conduta deveria ser incluída no dolo do chamado direito penal econômico. Isso se deve ao fato de o injusto administrativo ser meramente formal, ou porque só quando o autor conhece a proibição de uma conduta por uma norma jurídica pode ter o conhecimento do injusto material do fato, não existindo, para ele, uma diferencia qualitativa e substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, somente diferenças quantitativas.⁴⁴

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 78.

41. MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario. Traducción Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997. p. 30-44.

42. BUJÁN, Perez, Carlos Martínez. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanch, 2007. p. 181.

43. Chamado pelo autor de “Derecho penal administrativo”.

44. CEREZO MIR, José. La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 38, Fasc/Mes 2, p. 277-284, Madrid. 1985. p. 277-280.

Embora tentadora, não parece possível, por razões de cunho político-criminal e também de cunho técnico,⁴⁵ adotar a teoria do dolo com o deslocamento do tipo subjetivo para culpabilidade, indo frontalmente contra os avanços propostos pelo finalismo e as demais teorias do fato punível que sucederam.

Além de barreiras *lege lata*⁴⁶ de afrontar o que dispõe os artigos letra do artigo 20 e 21, ambos do Código Penal, bem como de *lege ferenda*, isso porque se aponta de maneira clara a tendência do legislador em buscar, para as leis extravagantes, um tratamento isonômico com a matéria que é objeto do nosso ordenamento penal⁴⁷, como bem observa André Vinicius de Almeida.⁴⁸

Nesse campo é que se encontra o núcleo da problemática atual no que se diz respeito ao erro, isso porque a existência de elementos valorativos nos tipos, e de elementos que façam remissão a normas – jurídicas ou não –, colocam em voga a principal discussão que a teoria do erro enfrenta quando o sujeito ativo se equivoca sobre a ocorrência de um elemento normativo do tipo, estaríamos diante de um erro de tipo, ou com uma terminologia mais neutra, um erro excludente de dolo ou estaríamos diante de um erro de proibição.⁴⁹

A Espanha é pioneira no pensamento e propõe, nesse cenário, que os tribunais adotem, para o Direito Penal Econômico, um tratamento hermenêutico próprio que consiste no fato de que o erro sobre elementos normativos jurídicos, como por exemplo “dever tributário”, muito embora fossem erro de proibição, deveriam ser reconhecidos sempre como invencíveis, a fim de tornar impunível a conduta. O erro de proibição é invencível quando se desconhece a norma jurídico, e o conhecimento da antijuridicidade (ou

45. Tendo em vista o marco teórico na legislação pátria ter se assentado na teoria limitada da culpabilidade.

46. Expressão utilizada para determinar uma lei vigente, existente.

47. O Projeto de Lei nº 3.473/2000, que visa alterar o vigente ordenamento penal pátrio estabelece a atual redação para o artigo 12. “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial.” suprimindo a possibilidade, que existe hoje, de que a lei especial possa de outra maneira dispor sobre a matéria objeto da parte geral do Código Penal, inclusive se tratando sobre erro.

48. ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 87.

49. CONLLEDO, Miguel Díaz y García. El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 43-45.

conhecimento da proibição jurídica) não pode se derivar de regras ético-sociais que norteiam um comportamento em sociedade.⁵⁰

Nota-se que, por razões político-criminais, e também porque não, por critérios dogmáticos, a proposta de solução para o erro nos delitos econômicos é a de redução do campo de aplicação do erro de proibição em detrimento do erro de tipo.

Portanto pretende-se demonstrar agora, que é acertada a tese Espanhola que defende que o erro que recai sobre elementos normativos jurídicos e também sobre elementos de valoração global do fato – indivisíveis – são hipóteses de erro de tipo e, portanto excluem o dolo, e não a culpabilidade, para tanto far-se-á uma análise aprofundando o exame dos diversos objetos cuja ignorância ou conhecimento inadequado afasta, ora a tipicidade – dolosa e culposa –, ora a culpabilidade do sujeito ativo.

4 ANÁLISE DE ELEMENTOS DESCRITIVOS, NORMATIVOS, DE VALORAÇÃO GLOBAL E QUE REMETEM A NORMAS PENAS EM BRANCO

Como já tratado nessa pesquisa, o erro sobre os elementos que constituem um tipo penal, ou, o erro de tipo, se caracteriza pelo conhecimento inadequado ou viciado sobre um objeto fático ou normativo referido na descrição da conduta proibida – ou mandamental.

Evidente não haver dificuldade em constatar a caracterização do erro de tipo quando o objeto sobre o qual recai é um elemento descritivo, entretanto, quando a matéria de erro incide sobre elementos normativos, elementos de valoração global do fato e sobre complemento das leis penais em branco, há uma certa discussão na doutrina estrangeira.⁵¹

50. BAJO FERNANDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ CONZÁLEZ, Calos. Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos). 2. ed. Madrid: CERA. 1993. p. 586. “El error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica, y el conocimiento de la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad”. Tradução Livre

51. ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 90.

André Vinícius de Almeida traz como exemplo o agente que desconhece o teor da tabela de preços a que faz referência o artigo 2º, inciso VI da Lei nº 1.521/51, na qual faz uso de uma técnica de reenvio – lei penal em branco. Afirmo o autor que em decorrência de expectativa de uma rápida substituição dessa tabela em tempos de uma inflação crescente o sujeito comercializa um produto por um valor superior ao permitido afirmando que, embora fosse correto sustentar que o sujeito não atua com consciência de um dos elementos que integram o tipo penal, e portanto haveria incidência de erro de tipo, essa constatação não é alcançável facilmente diante de uma perspectiva de que eventualmente se possa ter acerca da verificação de que se agiria sem o conhecimento da ilicitude do seu comportamento, o que acabaria levando ao reconhecimento do erro de proibição. Entretanto, só poderia se verificar tal hipótese diante da constatação de que o sujeito ativo não tinha nem poderia ter a consciência de que vender produtos acima do preço tabelado era uma conduta contrária ao direito.⁵²

Justificando-se assim, que o estudo se aprofunde nos elementos suscetíveis de serem alcançados pelo erro do sujeito ativo.

O primeiro a ser estudado diz respeito aos elementos descritivos, que são inerentes a todos os tipos penais, e, que por meio de um verbo, apontam precisamente o teor de uma conduta proibitiva ou ordenada, com o objetivo de revelar objetos, seres, coisas ou atos perceptíveis pelo sentidos, por exemplo, “matar”; “alguém”; “veneno”; “repouso noturno”, etc.⁵³ Ou ainda, “embalagens, invólucros, recipientes”⁵⁴; “ fauna, cativoiro, ovos, larvas, lagoas, baías”⁵⁵ “dinheiro”⁵⁶

O segundo refere-se aos elementos normativos, isto é, elementos cuja compreensão do tipo de delito exigem uma exposição de juízos de valor do intérprete ou do julgador inclusive

52. ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 91.

53. BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. São Paulo. Saraiva. 2000. p. 200.

54. Art. 63 da Lei nº 8.078/90

55. Art. 29 e 33 da Lei nº 9.605/98

56. Lei nº 7.492/86

para diferenciar os delitos entre si⁵⁷, como por exemplo, “coisa alheia”, “documento”.⁵⁸

Claus Roxin esclarece o problema acerca da delimitação de elementos normativos e descritivos em questões concretas, afirmando que, por vezes, até mesmo elementos que em um primeiro momento parecem descritivos, como “subtrair” ou “morada”, em hipóteses duvidosas, devem ser interpretados conforme a destinação de proteção do bem jurídico, com o auxílio de critérios normativos, de maneira em que praticamente todos os elementos seriam normativos. Da mesma maneira os conceitos normativos tampouco se apresentariam como puras valorações, já que possuem um substrato descritivo.⁵⁹⁻⁶⁰

André Vinicius de Almeida afirma que, muito embora no Direito Penal tradicional os elementos descritivos predominem em quantidade sobre os elementos normativos e sobre os elementos de valoração global do fato, ele não é percebido da análise dos tipos penais constantes no rol do Direito Penal Econômico⁶¹, como na Lei nº 7.492/86, na qual se verificam em número reduzido os elementos descritivos, que cedem espaço aos elementos normativos jurídicos: Art. 8º “juro, comissão, remuneração, operação de crédito, administração de fundo mútuo”; Artigo 9º “fiscalização, investidor, títulos os valores imobiliários”, entre outros.

Evidencia ainda o autor, que os tipos penais que compreendem elementos normativos dirigem ao dolo do agente outra exigência, na medida em que consciência e vontade – elementos cognitivos e volitivos do dolo – devem abranger igualmente o conteúdo dos referidos elementos, o que não se passa a naturalidade verificável em relação aos elementos descritivos.⁶²

57. TAVARES, Juez. Teorias do Delito (variações e tendências). São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980. p. 38-39.

58. ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 93.

59. ROXIN, Claus. Tratado de derecho penal: tomo general. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 306-307.

60. Nesse sentido também é a posição de SUAY HERNÁNDEZ (1991,p, 109) e de TAVARES (2002, p.230-232)

61. ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 94.

62. ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto

Quando o tipo previsto no art. 29 da Lei nº 9.605/98 veda a caça de espécimes da fauna silvestre, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente*; ou quando se proíbe, por meio da norma contida no art. 22 da Lei nº 7.492/96, a realização de uma operação de câmbio *não autorizada*, a existência dessas autorizações, que, a rigor, acolheriam o agente no manto do exercício regular de direito, prestam-se a tornar atípicas aquelas condutas.

Isso porque, na medida em que se renuncia uma clara elaboração de um tipo penal, os elementos de valoração global do fato demonstram a impossibilidade de uma vez aperfeiçoado o juízo de tipicidade, restar espaço para situações justificantes ou exculpantes.

Diante dessas situações a atividade interpretativa não deve seguir o caminho trifásico – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, já que cabe ao intérprete valorar, globalmente o fato que lhe é apresentado.⁶³

No que diz respeito às leis penais em branco, importa considerar o modo como o complemento dessas normas deve ser abrangido pelo tipo penal, para que, a partir daí, se observem quais exigências podem ser feitas no dolo do sujeito ativo. Isto é, a discussão central está em saber se no dolo do sujeito deve estar inserido na norma de remissão ou não, e se o erro sobre a existência dessa norma seria um erro de tipo.

Três são os posicionamentos adotados pela doutrina estrangeira sobre o assunto: i. a primeira posição – majoritária – defende que o dolo do sujeito deve abarcar a ocorrência de todos os elementos típicos que e encontram definidos (pelo menos em parte) pela norma a que seja feita remissão a lei penal, mas não é necessário que seja de conhecimento do sujeito a existência da norma. Logo, um erro sobre a existência de uma norma de remissão não será um erro de tipo, ou um erro que exclui o dolo, mas sim um erro de proibição; ii. uma segunda posição doutrinária – minoritária – vem ganhando força e defende que o dolo do sujeito deve compreender apenas os elementos da descrição típica contida na norma de

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 94.

63. ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 97.

remissão; iii. a terceira, parte do pressuposto de que via de regra, o dolo do sujeito não tem que abarcar a existência da norma de remissão, mas tal afirmação não pode, contudo, ser uma regra sem exceção. Isto é, o dolo só poderá abarcar a existência da norma de remissão quando a regulação positiva se a própria existência da norma seja um elemento do tipo.⁶⁴

Quando o tipo descrito no artigo 36 da Lei nº 9.605/98 delimita o que é pesca, para os efeitos do referido diploma legal, e faz uma ressalva atinente às espécies em extinção, *constantes das listas oficiais de fauna e flora*, ou, quando o artigo 11 da Lei nº 7.492/96 proíbe a manutenção de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação encontra-se o sujeito intérprete do mandamento diante de uma lei penal em branco no qual o complemento deriva de uma fonte de normas diversa ao ordenamento Penal.⁶⁵

Diante dessas situações fáticas, o conteúdo previsto no tipo só é inteiramente compreendido quando o sujeito conhece inclusive o respectivo complemento, o qual é parte integrante do tipo e deve ser preenchido no comportamento concreto do agente para que tenha sua conduta considerada como típica. Como consequência, quando o sujeito não tem plena compreensão do injusto tem seu conhecimento e sua vontade viciada, logo, incide em erro de tipo.

Portanto, estaríamos diante de hipóteses de erro de tipo quando o sujeito erra sobre elementos descritivos, normativos ou até mesmo que complementam uma lei penal em branco.

A dificuldade maior se dá quando estamos diante da análise de elementos de valoração global do fato ou elementos normativos referidos à ilicitude, isso porque, ainda há controvérsia quanto a sua natureza, para alguns constitui erro de tipo, porque nele se localiza, e deve ser abrangido pelo dolo; para outros, caracteriza erro de proibição porque, aqueles elementos tratam exatamente do que é antijuridicidade da conduta.⁶⁶

64. CONLLEDO, Miguel Díaz y García. El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 428.

65. Ainda, são exemplos de normas penais em branco: Lei nº 7.492/96, artigo 10; Lei nº 8137/90, artigos 1º inciso II, 2º, inciso V; 6º, incisos I, II e III; Lei nº 9.605/98, artigos 40, 45, 56, 60.

66. BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de

Claus Roxin⁶⁷ e Miguel Díaz y García Conlledo⁶⁸ traçam uma importante distinção entre o erro que incide sobre os pressupostos materiais e acabam refletidos no tipo penal por meio desses elementos de valoração global do fato – erro de tipo – daquele que recai sobre a própria valoração jurídica – erro de proibição –, apontando ainda para o fato de que, entre os elementos de valoração global do fato, existem alguns que não podem ser divididos.

Em tipos penais com elementos de valoração global do fato todas as circunstâncias materiais relevantes para caracterizar a antijuridicidade, incluindo a falta dos requisitos da causa de justificação, são elementos de um tipo global, e somente uma valoração definitiva deve justificar a caracterização dessa antijuridicidade.⁶⁹ É justamente o caso da pretensão tributária.

Isso porque, há casos em que para a compreensão do sentido social da conduta se deve fazer uma valoração jurídica, tal valoração pertence ao dolo quando seja praticamente idêntica ao juízo de antijuridicidade. Por exemplo, quando o erro recai sobre a existência de uma dívida tributária, exclui o dolo de um delito de fraude fiscal. Isso porque o dolo do sujeito, que crê não dever imposto algum, não abarca sequer a esfera do profano a fim de causar um prejuízo ao fisco, que caracteriza exatamente a figura da fraude fiscal.

Por esses motivos, se justifica diferenciar nesses casos elementos de valoração global de direito divisíveis dos não divisíveis. O reconhecimento da existência de elementos de valoração global não divisíveis, conduzem a constatar que dificilmente seria possível a incidência em erro de proibição, pois, o conhecimento da dívida tributária, por exemplo, implica necessariamente no conhecimento da antijuridicidade daquele que não cumpre com as suas obrigações.⁷⁰

proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62.

67. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 464.
68. CONLLEDO, Miguel Díaz y García. El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 109.
69. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 301.
70. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 465-467.

Logo, não há como ser reconhecido o erro de proibição em detrimento do erro de tipo, o desvalor acerca da antijuridicidade, pertence ao dolo.⁷¹

Essa é também a explicação encontrada por Martínez-Bujan Pérez, o qual defende que sobre os elementos de valoração global do fato, não seria possível considerar que o erro sobre os pressupostos materiais de juízo sobre a antijuridicidade é erro de tipo, e o erro sobre a própria valoração é erro de proibição, na medida em que não seria possível separar entre aqueles pressupostos e o próprio juízo, concluindo que o erro tem o condão de excluir o dolo quando o sujeito não conheça o elemento normativo em seu sentido material autêntico, e que, conseqüentemente, seja impossibilitado de compreender os pressupostos mesmo de proibição, e portanto incidirá em erro de tipo.⁷²

Ainda nesse contexto, Francisco Muñoz Conde traz argumentos dogmáticos e políticos criminais afirmando que o dever tributário seria ao mesmo tempo, elemento do tipo e da antijuridicidade, portanto, o erro sobre o mesmo pode ser tanto erro de tipo quanto de proibição.⁷³

Contudo, essa conclusão leva à necessidade de se analisar sistematicamente o caráter sequencial da teoria tripartida de delito, não se devendo esperar para excluir no âmbito da culpabilidade – erro de proibição – o que já pode ser excluído no âmbito da tipicidade – erro de tipo.

Ainda, na esfera político-criminal, Francisco Muñoz Conde afirma que devem ser considerados os fins da política fiscal do Estado e da intervenção do direito Penal nesta matéria, para aqueles sujeitos que de fato queiram intencionalmente lesar o erário público. Afirmando, também, a desnecessidade que todo o aparato penal fosse mobilizado nos casos em que não houvesse a intenção do sujeito ativo, haveriam outras medidas sancionatórias

71. ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 108.

72. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico: Parte general. Valencia: Tirant lo blach. 1998. p. 186-187.

73. MUNÓZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 106.

menos gravosas para os cidadãos e comprovadamente mais efetivas e rápidas dos que as penas propriamente ditas.⁷⁴

A investigação do tema se mostra de extrema complexidade e esta longe de estar completa, a especialidade do instituto do erro nos delitos econômicos que fazem uso das técnicas de reenvio mostra a necessidade de aprofundar o estudo no referido campo.

Utilizando as palavras bem humoradas de Fritjof Haft: “O autor deve estar consciente de que também pode errar quando se escreve sobre o erro.”

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Vinícius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ CONZÁLEZ, Calos. Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos). 2. ed. Madrid: CERA. 1993.

BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal español. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. São Paulo. Saraiva. 2000.

BUJÁN, Perez, Carlos Martínez. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanch, 2007.

74. MUNOZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 107-108.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo. La imprescindible tensión dinámica entre el derecho penal económico y la política criminal. In CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo et al. Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico. Montevideo: IBdeF, 2012.

CEREZO MIR, José. La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 38, Fasc/Mes 2, p. 277-284, Madrid. 1985.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico: concepto y bien jurídico. RBCC, São Paulo, vol. 11, abr/jun. 2003.

CERVINI, Raúl. La perspectiva integrada del derecho penal económico. In Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico. Montevideo: IBdeF, 2012.

CONLLEDO, Miguel Díaz y García. El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008.

COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal económico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) Temas de Direito Penal Económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal: Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Económico: razões históricas In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Surgimento do Direito Penal Económico. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 2, n. 1, jul./dez, 2007. Curitiba: Dom Bosco, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de

autorização administrativo: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal. São Paulo: Almedina, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: Parte general. 5. ed. atual. e ampl. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002.

LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A culpabilidade no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario. Traducción Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico: Parte general. Valencia: Tirant lo blach. 1998.

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. v. 2. Traducción y notas de derecho espanol por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MUNÕZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. Madrid: Tirant lo blanch, 2000.

MUNOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal espanhol de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 11, jul/set. 1995.

OPUSZKA, Paulo Ricardo. Elementos da teoria keynesiana para uma reflexão sobre a intervenção jurídica estatal. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 465, jul/dez. 2012.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho Penal español. Curso de Derecho Penal español dirigido por E. Bacigalupo, M. P., Madrid. 1998.

PIMENTEL, Manuel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- RAMÍREZ, Juan J. Bustos. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014.
- ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal: tomo general*. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.
- TIEDMANN, Klaus. *El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico*. Cuadernos de política criminal. Edersa, n. 28, Madrid. 1986.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO VI

INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL: A INDEPENDÊNCIA NA TEORIA E NA PRÁTICA DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

GUSTAVO BRITTA SCANDELARI

Mestre em Direito (UFPR). Professor de Direito Penal no UNICURITIBA.
Professor na Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da ABDCons

Advogado (gustavo@dotti.adv.br).

INTRODUÇÃO

O mesmo fato ilícito pode gerar, simultaneamente, múltiplas sanções jurídicas. Um acidente de trabalho poderá ocasionar reclamatória trabalhista e ação penal; um processo administrativo fiscal estará atrelado, possivelmente, a uma acusação por crime de sonegação fiscal; uma denúncia por crime funcional se desenvolverá paralelamente a um processo administrativo disciplinar; uma ação de divórcio motivada por um episódio de violência física gerará o ajuizamento da demanda criminal cabível. Embora possa permitir críticas (haja vista o *ne bis in idem*), a adequação científica dessa separação das esferas do Direito para a possibilidade de aplicação de mais de um tipo de consequência jurídica ao mesmo fato não será discutida aqui. O que se questiona é: até que ponto vão os efeitos (práticos) da dita separação (teórica) na análise dos casos concretos? Será que a prova produzida em um processo administrativo é sempre irrelevante ao Juízo criminal, que poderia optar por desconsiderá-la com base na independência dos setores estatais julgadores? Ou, embora independentes tais setores, o

Estado deverá cuidar para que não haja decisões conflitantes sobre o mesmo fato, promovendo, conseqüentemente, um diálogo entre as distintas instruções probatórias? Na literatura penal, muito já se discutiu a respeito da independência das instâncias administrativa e penal na matéria dos crimes tributários – razão pela qual essa é uma fonte de pesquisa privilegiada (e, portanto, a escolhida aqui) para o debate ora proposto.

A expressão “condição objetiva de punibilidade” foi veiculada no acórdão do *leading case* HC 81.611/DF, STF¹, e, provavelmente por isso, tornou-se popular, na doutrina e na jurisprudência², para indicar a necessidade do prévio esgotamento da discussão administrativa como requisito à persecução criminal (ou à *consumação* do delito) em caso de *crimes materiais contra a ordem tributária*. A discussão acabou produzindo a Súmula Vinculante 24: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”³ Assim – e também porque não seria possível analisar, no espaço deste texto, todas as possibilidades de separação de esferas jurídicas para fins de sanções – a presente pesquisa terá como referência principal a literatura subjacente a tal fenômeno no âmbito dos ilícitos tributários.

O presente exame recomenda, antes de se passar ao tema principal, lembrar a natureza de *ultima ratio* da sanção penal, a qual não é ostentada pela sanção administrativa; bem como, na seqüência, examinar o fenômeno da chamada *administrativização do Direito Penal*, haja vista a evidente pertinência com o assunto ora proposto. Após, apontamentos serão feitos quanto ao tema principal.

1. “(...) falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo” (STF – HC 81611/DF – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ de 13.05.2005. Itálicos não originais).
2. Vide, por exemplo: STF – HC 93209 – 1ª T. – Rel. Min. Cármen Lúcia – DE de 18.04.2008; STF – HC 86032 – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJE de 13.06.2008; STF – HC 84457 – 2ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ de 29.04.2005; STJ – HC 121284 – 5ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJE de 26.04.2010; STJ – AgRg no Resp 778228 – 6ª T. – Rel. Min. Og Fernandes – DJE de 08.03.2010.
3. Publicada no DOU de 11.12.2009.

1 SANÇÃO PENAL COMO ULTIMA RATIO

Frequentemente se encontram na doutrina – por vezes no contexto do *Direito Penal mínimo* – estudos sobre o *princípio da intervenção mínima do Direito penal*, acompanhado (ou não) da menção ao *caráter subsidiário e sancionatório* e ao aspecto *fragmentário* do Direito Penal⁴. Geralmente, nesses estudos, classifica-se a reprimenda penal como a *ultima ratio* do Estado no trato com o fato ilícito. Sem a pretensão de se revelar qual a origem de todos esses termos ou divisar a exata maneira pela qual seus conteúdos se relacionam, parece possível admitir que, hoje, são expressões mais ou menos elaboradas da mesma ideia central, qual seja: a “proteção de bens jurídicos sob a temperança da ‘necessidade’ dessa proteção.”⁵

Segundo Muñoz Conde e García Arán, a ideia de intervenção mínima deriva da “especial gravidade das consequências penais, de seu caráter de último recurso dentro do sistema de controle social e da própria compreensão da pena como um mal que somente se justifica por ser necessária para manter os pressupostos da convivência.”⁶ Dela, os autores derivam duas características do Direito Penal: seu caráter *subsidiário* diante dos demais ramos do ordenamento; seu aspecto *fragmentário*, segundo o qual cabe ao Direito Penal somente a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra os ataques mais relevantes.⁷

Se a função do Direito Penal é a *proteção* de bens jurídicos, não é de todos esses bens que se ocupa; mas apenas de lesões *relevantes* a *bens jurídico-penais*. Isso significa que há bens jurídicos que poderão – ou melhor, que deverão – ser tutelados, antes, por *outros* setores

-
4. Parte da pesquisa que serve de base a este estudo foi publicada em: SCANDELARI, Gustavo Britta. O crime tributário de descaminho. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.
 5. AMARAL, Claudio do Prado. Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 138. Itálicos originais.
 6. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, Parte General. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 76.
 7. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho..., p. 77-93. Em sentido semelhante, ROBERTI entende que tanto a fragmentariedade quanto a subsidiariedade, por decorrerem do princípio de intervenção mínima, são, igualmente, princípios penais. Atribui à subsidiariedade uma finalidade limitadora do *ius puniendi*, “que sugere aos Poderes Públicos o uso cuidadoso e cauteloso dos recursos gravosos penais, precisamente porque o Estado de Direito dispõe de outros meios eficazes e de menor custo social” (ROBERTI, Maura. A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 102-103. Itálicos nossos).

do Estado. Essa regra é importante a ponto de Figueiredo Dias reputar *nula*, porque inconstitucional, a lei que criminalize conduta cuja materialidade não contemple, de modo claro, um bem jurídico-penal.⁸

Schünemann desenvolveu estudo específico sobre a diretriz da *ultima ratio* em Direito Penal. Após investigar as origens histórico-filosóficas e sócio-jurídicas desse critério, ele afirma que a razão primordial dessa discussão é o fato de que “la utilización de poder estatal no se legitima solamente por poseer un objetivo final elogiabile. Esa utilización debe ser idónea y necesaria para alcanzar ese objetivo, no pudiendo, además, ser desproporcional.”⁹ Segundo Roxin, “esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución”¹⁰, e significa que o Direito Penal somente poderá intervir quando falharem outros meios de solução (como a ação civil e as sanções administrativas). Por isso, sua missão é a *proteção subsidiária* de bens jurídicos.¹¹

Embora não exista previsão explícita, na Constituição brasileira, do critério subsidiário, Roxin extrai diretamente do princípio da proporcionalidade das penas seu fundamento de validade.¹² O princípio da proporcionalidade está previsto em nosso ordenamento, no art. 5º, § 2º, da Constituição¹³ combinado com o art.

8. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 77.
9. SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. (Dir. Edgardo Alberto Donna). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. II, p. 96. No entanto, o jurista alerta para a alta complexidade dessa fórmula, cuja rigidez deve ser maior ou menor considerando-se o tipo de bem jurídico-penal e a sociedade em questão, admitindo que “el enorme nudo de los problemas del Derecho Penal paternalista y muchos otros grupos de casos de concretización del principio de ultima ratio sólo podrá ser tratado en una voluminosa monografía” (idem, p. 112).
10. ROXIN, Claus. Derecho penal, Parte General. (Trad. de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997, t. I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. p. 65.
11. Idem.
12. Com relação ao princípio da proporcionalidade na Carta Política brasileira, Dotti explica que, “ao consagrar a proteção da honra, da intimidade e da vida privada – além de outros bens jurídicos – a CF assegurou o direito de resposta que deve ser ‘proporcional ao agravo’ (art. 5º, V). Tal orientação normativa, que não tem precedente nas Cartas Políticas anteriores, vale como indicativo de que também a resposta penal deve ser proporcionada à gravidade da ofensa.” (DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal (Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2013, p. 150. Itálicos originais).
13. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁴: “a lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias* (...)”. Aliás, é esse o comando que consta do Código Penal, ao estabelecer que o juiz fixará a pena conforme seja “necessária e suficiente” (art. 59). Exatamente o mesmo raciocínio pode ser empregado com relação ao princípio da *intervenção mínima*: ele não está previsto expressamente na Constituição, mas a *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), somada à cartilha de princípios fundamentais lida no art. 5º, CF, “acabam por constituir verdadeiro conjunto de valores constitucionais que restringem a ação do legislador ordinário.”¹⁵

Quanto à noção de subsidiariedade, Nélson Hungria descreve-lhe as balizas: “sómente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.”¹⁶

Batista estuda a *ultima ratio* pelo prisma do princípio da intervenção mínima. Para ele, “ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a *autonomia* do direito penal, sobre sua natureza *constitutiva* ou *sancionadora*.”¹⁷ Efetivamente, a compreensão do Direito Penal

República Federativa do Brasil seja parte.”

14. Conforme DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal (Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2013, p. 141 e 154; AMARAL, Claudio do Prado. Princípios..., p. 135.
15. ESSADO, Tiago Cintra. O princípio da proporcionalidade no direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 40.
16. HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal – Arts. 155 a 196. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VII. p. 178.
17. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 85. A discussão sobre qual é a exata proporção constitutiva (exigência de prévia definição legal dos crimes e das respectivas penas) e/ou sancionatória (reação penal contra violação a valores protegidos) na constituição do Direito Penal não é pacífica. DOTTI explica que, ao investigarem o tema da autonomia científica do Direito Penal, estudiosos indicaram que, por muito tempo, ele foi considerado um mero apêndice do Direito Civil. Assim, criou-se a ideia de que à lei penal somente cabia aplicar uma sanção, enquanto que os princípios, os institutos jurídicos e os conceitos legais, ou seja, os valores em si, ela deveria emprestá-los da lei privada. Contra essa noção (ultrapassada) sobre o

como o último instrumento de que se poderá valer o Estado para intervir no âmbito particular (*subsidiariedadê*) conduz ao seu lado *sancionatório*. Conforme Dotti, “o caráter *sancionatório* do Direito Penal assenta na conclusão de que suas normas incriminadoras são dotadas de sanções específicas a serem aplicadas quando houver a violação dos bens que são objeto de sua tutela.”¹⁸ Em sede de delitos tributários, por exemplo, compete à Administração Pública declarar a existência do crédito fiscal e, após tal declaração (em caráter definitivo), poderá ser aplicada, pelo Direito Penal, a *sanção* correspondente.¹⁹

A literatura tem indicado, notadamente no campo do Direito Penal Tributário, que, como a sanção criminal é a mais grave do ordenamento jurídico, mostrar-se-ia mais consentâneo com os princípios constitucionais penais que a sonegação fiscal fosse, via de regra, tratada como uma infração administrativa, a merecer somente a repressão do *Direito Administrativo sancionador* (ou de *mera ordenação*).²⁰ Não haveria, nisso, nenhum tipo de incompatibilidade dogmática ou inconveniente prático, na medida em que tanto a pena criminal quanto a pena administrativa, embora diversas em essência, submetem-se a alguns princípios constitucionais comuns,

modo de relacionamento do Direito Penal com o Direito Civil, argumentou-se que a dogmática penal não pode ser limitada à pura forma, e que as finalidades e a natureza dos preceitos de ambas as disciplinas são evidentemente distintas (DOTTI, René Ariel. Curso..., p. 131-133).

18. DOTTI, René Ariel. Curso..., p. 131. Itálicos originais.

19. DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 877, nov./2008, p. 402.

20. BARROETAVEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributários. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 18, n. 86, set./out. 2010, p. 77-82. Estudando esse assunto, Fabio Roberto D’AVILA se deteve na diferenciação entre o modelo de sanção penal e o de sanção administrativa, para concluir que, em um plano geral, a exigência de ofensa a um bem jurídico-penal é a “fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade” (Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 14, n. 60, maio/jun. 2010, p. 35). Para Jesus-Maria Silva Sanchez, o decisivo é o critério teleológico, ou seja, “la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal Y el administrativo sancionador”: o primeiro visa a proteção de bens jurídicos concretos, mediante limites constitucionais próprios; o segundo parece ordenar setores de atividade gestorial do Estado (Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 6, n. 23, jul./set. 1998, p. 16).

os quais formam uma disciplina ainda pouco estudada, mas que tem sido chamada de *Direito Sancionador* (ou *Direito Punitivo*).²¹ É dizer, trata-se de uma *redução* do sistema criminal que é não apenas teoricamente recomendável, mas aparentemente viável.

Amaral afirma que, do princípio da mínima intervenção, “exsurge o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária.”²² Enquanto a *fragmentariedade* é comumente ligada à *seletividade* dos bens jurídicos a serem protegidos, bem como das lesões a serem consideradas penalmente relevantes ou não, a *subsidiariedade* do Direito Penal – que pressupõe a fragmentariedade – está mais próxima do momento em que se deve movimentar todo o aparato público penal.²³ Segundo Reale Jr., a intervenção penal apenas deve ter lugar quando for indispensável, motivo pelo qual o Direito Penal tem “caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e por isso ser *fragmentário*”, uma vez que o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico comum do ordenamento, isto é, somente são incriminadas as condutas que representam alto grau de ofensividade a um bem jurídico-penal.²⁴ Foi a consciência coletiva de que a pena é uma “solução imperfeita” que motivou a sua conceituação como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico.²⁵

Segundo Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, “o princípio da ‘intervenção mínima’, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado”, significando que, “se medidas civis ou administrativas” forem suficientes ao restabelecimento da ordem jurídica violada, “são estas que devem ser empregadas, e não as penas.”²⁶ Isso significa que a *intervenção* do Estado na vida privada, ainda mais quando para infligir reprimenda *penal*, não deve ser apenas *conveniente*, mas *imprescindível* para a proteção de bens jurídicos fundamentais. Toda intervenção que

21. OSÓRIO, Fábio Medina. Devido processo administrativo sancionador no sistema financeiro nacional. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Sancionador – Sistema Financeiro Nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 13-17.

22. AMARAL, Claudio do Prado. Princípios..., p. 140.

23. Ibidem, p. 86-87.

24. REALE JR., Miguel. Instituições de direito penal, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I. p. 26.

25. BATISTA, Nilo. Introdução..., p. 85.

26. BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, jul./set. 1996, p. 82.

esteja aquém dessa exigência de indispensabilidade distancia-se do respeito à dignidade da pessoa humana, que deve pautar a relação do poder público e do cidadão.²⁷

Por isso, não basta que o bem jurídico seja dotado de *dignidade penal*. Como adverte Figueiredo Dias, é necessário “*um qualquer outro critério*” que permita a repressão legítima: é o da *necessidade* (ou *carência*) de tutela penal. Daí a conclusão: “nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente *subsidiária*.”²⁸

O que pode não ser tão simples, contudo, é a verificação prática de qual outro meio seria, em cada caso, o suficiente para se obter o efeito protetivo. Mas há alternativas que, frequentemente, apresentam-se disponíveis.²⁹ O que não se pode admitir é o uso do Direito Penal como mero instrumento de coação do cidadão para a satisfação de interesses da máquina estatal.

2 DIREITO PENAL COMO “TÉCNICA AUXILIAR DE ARRECADAÇÃO”: A ADMINISTRATIVIZAÇÃO

Medidas administrativas de fiscalização, de controle e de punição de pessoas jurídicas, que vão desde a concessão e a revogação de licenças e permissões de funcionamento até o efetivo fechamento de empresas, p. ex., podem ser implementadas – como evidenciam a Lei 12.846/13 (a *Lei Anticorrupção*) e Lei 13.303/16 (a *Lei das Estatais*). Os *acordos de leniência* e os *termos de ajuste de conduta* **têm sido úteis nesse sentido e talvez possam ter seu âmbito de aplicação ampliado.**³⁰ Quanto às pessoas físicas, as advertências

27. MOREIRA DE OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa. O direito penal e a intervenção mínima. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, jan./mar. 1997, p. 152.

28. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões..., p. 78. Itálicos originais.

29. ROXIN, Claus. Estudos..., p. 52-53.

30. A legislação de regência não indica, de forma explícita, os requisitos formais e materiais, extrínsecos e intrínsecos, para que seja proposto e aceito um Termo de Ajuste de Conduta entre o poder público e o particular relativamente a crimes tributários. De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347, de 24.07.1985, “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...)”. Por isso, parece inviável a possibilidade de celebração de ajuste quando a conduta é sonegação fiscal. Esse instituto, ao que parece, está conectado somente com a possibilidade jurídica de ajuizamento de uma Ação Civil Pública que tenha por objeto precisamente a conduta que comportaria o ajuste.

formais e as multas, em sistema escalonado, provavelmente seriam bem sucedidas na proteção de determinados bens jurídicos coletivos ou difusos. Dotti, em exame da criminalidade econômica, já propôs que, para se evitar um “direito penal do terror”, medidas administrativas tais como “a multa, as interdições de direitos (como sanção autônoma), o confisco, a admoestação” tenham preferência à pena privativa de liberdade.³¹

As indenizações civis e sanções administrativas podem ser úteis como formas de reparação de dano moral ou material. As obrigações fiscais dos contribuintes podem ser satisfeitas mediante o pagamento do tributo, seu parcelamento, a garantia de seu pagamento ou por outra forma de ressarcimento³². Seja como for, o Ministério Público estaria dispensado de agir em qualquer desses casos, por absoluta desnecessidade de punir. Na ausência de alguma opção prática, o critério da *ultima ratio* **não deve, mesmo assim, ser posto de lado. Nessa situação, cumprirá ao Estado “hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente.”**³³

A ideia da pena criminal como mera “*técnica auxiliar de arrecadação*” em sede penal-tributária ganhou visibilidade quando foi empregada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no *leading case* HC 81.611/DF, para atribuir aos crimes da Lei 8.137/90 “o significado moralmente neutro de técnica auxiliar de arrecadação”. Desde então, essa fórmula tem sido repetida sem qualquer reflexão explícita a respeito.³⁴

A passagem consta do primeiro aditamento que o Ministro fez ao seu voto, no HC 81.611/DF. Da sua leitura, fica a impressão de

31. DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor (Comunicação apresentada ao Colóquio preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal – Rio de Janeiro, 20-23.10.1982). Curitiba: Livraria Ghignone, 1982, p. 40.

32. Sobre as hipóteses de satisfação do crédito como formas de extinção da punibilidade do crime tributário, vide: SCANDELARI, Gustavo Britta. A extinção do crédito fiscal como causa geral de extinção da punibilidade nos crimes tributários. In: BUSATO, Paulo; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta. Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 798-836.

33. ROBERTI, Maura. A intervenção..., p. 103.

34. Por exemplo: TRF 4 R. – Ap. Crim. 2005.71.04.004513-6 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz – 8ª T. – DJ de 30.08.2006; TRF 4 R. – Ap. Crim. 200471040110793 – 8ª T. – Rel. Juiz José Paulo Baltazar Júnior – DJ de 28.06.2006.

que o julgador entreviu alguma ressalva à classificação em questão. Sim, pois ao emprestar a função puramente *auxiliar* (eufemismo para *ameaçadora*) ao processo penal e à probabilidade de aplicação da pena corporal cominada aos crimes contra a Ordem Tributária, fez constar, logo após, o seguinte: “vá lá que se admita esse verdadeiro abuso da incriminação penal”.

De fato, parece que o Ministro somente os reputa *técnica auxiliar de arrecadação* porque, com relação aos crimes tributários, o cidadão pode questionar a exatidão do lançamento provisório. A rigor, o que deve ter motivado a alcunha de *técnica auxiliar* foi o fato de a legislação possibilitar a *extinção da punibilidade* pelo *pagamento integral* do débito – de modo que, para que seja pago, deve, antes, logicamente, ser apurado e constituído pela Fazenda.

De todo modo, há escritos no sentido de que o Direito Penal, em sede de *crimes tributários*, seria realmente nada mais do que uma *técnica auxiliar de arrecadação*.³⁵ De acordo com essa visão, teria o legislador pretendido que a função da criminalização da sonegação fiscal fosse precipuamente a de “encorajar” o devedor a quitar o débito, o que assistiria o Estado na sua tarefa burocrática de *arrecadação*. Ocorre que essa – aparentemente – singela interpretação acaba por extravasar os limites do Direito Penal, ao negar-lhe sua própria finalidade.

Conforme Figueiredo Dias, os *limites materiais* do sistema criminal são delineados a partir da Constituição Federal como produto das necessidades específicas e das garantias fundamentais da sociedade. Mas, como há outras áreas do Direito que se dedicam a impor penas *não criminais* – notadamente o Direito Administrativo –, dificuldades podem surgir na identificação exata de tais limites. É na *natureza* da sanção e no seu *fundamento* que se devem procurar os critérios de distinção.³⁶

Desde as profundas alterações sociais e jurídicas ocasionadas pela Revolução Francesa, o formato da Administração Pública passou por várias transformações, com a sujeição à legalidade

35. Por exemplo: DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008; SANCTIS, Fausto Martin de. Direito penal tributário: aspectos relevantes. Campinas: Bookseller, 2005.

36. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal, parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004, t. I. p. 144.

estrita e aos demais ideais burgueses até a burocratização decorrente da formalização de suas várias e novas competências. Ao aumento de direitos públicos e individuais correspondeu o aumento dos deveres públicos. Com isso, construiu-se, paulatinamente, uma ampla estrutura estatal, cujo nível de sofisticação, após a Segunda Guerra Mundial, atingiu algo próximo do que hoje se apresenta.

A conscientização política e social acerca da necessidade de se defender e assegurar a continuidade desse plano de governo desviou a atenção para o meio de controle mais drástico de que dispunha o Estado: a força – ou melhor, o *Direito Penal* – cujo âmago é habitado pelas penas criminais, método coercitivo de alta capacidade disciplinadora (ao menos em potencial), notadamente as *privativas de liberdade*. Nunca se pode descuidar do fato, há décadas divulgado por Etcheberry, de que a autoridade pública, em qualquer país e época, pode se encontrar “tentada a utilizar a arma máxima da sanção penal com outros fins: por exemplo, como um instrumento de política econômica (...), para suprir a ineficácia do aparato administrativo” – substituindo a fiscalização pelo temor – ou por mero capricho político de momento.³⁷ O jurista, para quem “o abuso da arma penal se traduz em ineficácia do sistema”, considera que esse tipo de manobra deve ser “moral e filosoficamente repelida”, pois significa uma “violação do princípio essencial de respeito pela pessoa humana.”³⁸

Ricardo Antunes Andreucci tratou da questão, quando atentou ao fato de que o “crime fiscal”, em especial, possui a natureza histórica de “instrumento nas mãos da Administração que hoje vem usufruindo de maior amplitude de poderes, em razão da maior complexidade de atividades do Estado moderno.”³⁹ E alertou: “resulta a necessidade, extensiva ao ilícito fiscal, da redução das infrações administrativas a um mínimo razoável, na medida estrita da necessidade, ficando reservado o direito penal, tanto no que se refere aos crimes quanto às contravenções, para os demais casos, pelas melhores condições de segurança que oferece para a

37. ETCHEVERRY, Alfredo. Objetividade jurídica do delito econômico. (Trad. Lélia Mendes Fragoso). Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, a. II, n. 6, jul./set. 1964, p. 106-107.

38. Ibidem, p. 107.

39. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 59, v. 417, jul./1970, p. 35.

vida social, procurando, sempre, o menor número de incriminações sem função da imprescindível preservação da existência e da ordem social, tutelando apenas valores fundamentais.”⁴⁰

Cerezo Mir anota que “esta extensión desmesurada del Derecho penal era censurable desde el punto de vista material, al dar lugar a la inclusión en su âmbito de conductas no punibles y desde el punto de vista práctico, pues conducía a un exceso de trabajo de los tribunales.”⁴¹ Ganha especial destaque, na observação do autor, o problema do número excessivo de processos nos tribunais – o que ainda hoje é um dos mais graves problemas da Administração da Justiça no Brasil. Na explicação de Figueiredo Dias, “o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia – perniciosa, mas difícil de evitar – de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social; e assim deu ênfase ao fenômeno da *hiper-criminalização* e ao surgimento daquilo que se chamou o *direito penal administrativo*.”⁴²

Se, na doutrina portuguesa, esse fenômeno deu origem à distinção entre as *ofensas criminalmente relevantes* e o *direito de mera ordenação social* (o qual conforma as contraordenações), Zaffaroni e Batista já o diagnosticaram como a “*administrativização do direito penal*, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.”⁴³

40. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal administrativo..., p. 36.

41. CERESO MIR, José. Obras completas I, Derecho penal – parte general. Peru: Aras, 2006, p. 69. Cerezo Mir ressalta, contudo, que, na Espanha, o problema ocorreu de modo diferente da maioria dos países europeus. Ao invés da hipertrofia do Direito Penal – como se deu no Brasil –, houve um aumento da atividade sancionatória da própria administração pública. O problema, em seu país, é a não sujeição da administração (e não do Direito Penal) aos princípios próprios da ciência criminal, como a legalidade, a culpabilidade etc. (idem, p. 70 e ss.).

42. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal..., p. 146. Destaques originais.

43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 50. Itálicos não originais.

Naturalmente, a Política Criminal que permite e orienta a um manejo antecipado do poder penal do Estado está imantada com um propósito de resultados. Ou melhor: de *eficiência*. Foi nesse contexto que o Direito Penal se apresentou como um instrumento privilegiado para operacionalizar políticas comprometidas com a “proteção” dos chamados “bens jurídicos supraindividuais”, os quais jamais se enquadrariam nas tradicionais especificações de bens jurídico-penais. Surge, “no Estado do bem-estar social, uma política criminal voltada a colaborar com a organização artificial das finalidades do Estado, de acordo com as valorações estatais de conveniência e oportunidade.”⁴⁴ Na verdade, uma vez que a administrativização veicula “proibições com finalidade autônoma, que vedam ações humanas não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o atingimento de um determinado objetivo pelo Estado”, pode-se concluir que “*está ausente um propósito de efetiva tutela.*”⁴⁵

Essa tendência já havia sido notada por Hassemer, na Alemanha da década de 1970, quando começou a crescer a quantidade de leis penais imprecisas e genéricas, com fortes cargas subjetivas, dando ao Direito Penal a feição de *superinstrumento de política social e econômica*. Como afirmou o autor, “efetividade e economia convertem-se em definições centrais para a Política criminal.”⁴⁶ A criminalização de condutas que afetem a condução administrativa do Estado, a proteção ao crédito, a livre concorrência e, especialmente, a *gestão tributária*, incrementada pela leitura *positivista* das leis repressoras, são evidentes sinais de preocupação com a manutenção de determinados objetivos políticos de conjuntura.⁴⁷ Ou seja, o Direito Penal passa a ser visto como ferramenta de *estímulo* de consequências almejadas e, por isso, programadas pelo poder público.

Essa especial mutação do Direito Penal não passou despercebida por Alessandro Baratta. Para o criminólogo italiano, “setores especializados da função pública” causaram uma

44. ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues de. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 109. Itálicos não originais.

45. Ibidem, p. 110.

46. HASSEMER, Winfried. Direito penal – Fundamentos, estrutura, política. (Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 142.

47. HASSEMER, Winfried. Direito penal..., p. 144.

“inversão conceitual” na ciência criminal, quando a Justiça passou a ser empregada para solucionar questões *antes* de se “definir os instrumentos (existentes nos diversos arsenais institucionais ou que ainda devem ser inventados) que são aptos a enfrentar determinados problemas ou conflitos.” Essa inversão provocou a reificação do sistema criminal.⁴⁸

Uma das características desse sistema é a “extensão da área da tutela penal aos interesses difusos ou seletivos (o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública etc.) e às funções da administração pública (como o sistema monetário, o sistema de economia)”⁴⁹ etc. Esse “fenômeno geral”, segundo Baratta, pode ser chamado de “‘administrativização’ do direito penal”, a qual é bem representado por dois fatores: *a)* a maior parte das normas penais, produzidas em número cada vez maior, são “acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas”, quando seu referente material deixa de ser uma “norma social” para dar vez a uma “função administrativa pública”; *b)* os tipos penais se tornam equivalentes a “normas de intervenção da administração pública.”⁵⁰

Cirino dos Santos também aponta a técnica da “crescente administrativização do Direito Penal como uso indiscriminado do poder punitivo para *reforçar o cumprimento de obrigações públicas*”.⁵¹ Moreira de Oliveira pondera que, como o Estado não consegue fazer cumprir as próprias leis – em decorrência do grande número de normas por ele publicadas –, ele “recorre a outras leis, de cunho sancionatório-punitivo, mas que, na realidade, em vez de se destinarem a proteger os bens fundamentais da sociedade, funcionam como normas *meramente instrumentais*. Isto é, quando o Estado edita normas penais, destinadas a punir quem desobedece outras normas, está praticando verdadeiro abuso legislativo, pois as normas penais deveriam e devem destinar-se apenas a punir

48. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 2, n. 5, jan./mar. 1994, p. 9.

49. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais..., p. 11.

50. Ibidem, p. 12.

51. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal, Parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 720-721. Itálicos não originais.

condutas que atentem diretamente contra os bens essenciais ao homem e à vida societária.”⁵²

O autor cita como exemplo dessas *leis instrumentais* aquelas que ameaçam, com sanções penais, os inadimplentes tributários, “transformando o poder judicial em ‘agente cobrador de impostos.’”⁵³ Davi Tangerino e Rafael Canterji extraem, disso, que, “claramente, às funções da pena acresce-se uma nova: a finalidade arrecadatória. A sanção criminal é um *upgrade* nas sanções tributárias.”⁵⁴ De fato, essa tendência vilipendia toda a *teoria da pena*, pois concebe a sanção penal como apêndice de um dever administrativo para com o Estado, admitindo, com isso, que ela tem unicamente uma finalidade arrecadatória e não a de proteção a bens jurídicos. Assim, ela deixa de ser uma pena criminal. Ou, conforme Juarez Tavares, a incriminação que “utilize a definição típica como instrumento de cobrança de dívidas públicas” é incompatível com o *princípio democrático*, pois, ao eleger como bem jurídico uma mera *função administrativa* do Estado, viola uma das bases do Estado: a *dignidade da pessoa humana*.⁵⁵

Nesse sentido, Prado indica, como um dos malefícios da desvinculação do *bem jurídico-penal* de sua base de valores constitucionais, a inclusão de conteúdos administrativos na *raiz material* do crime, o que é desaconselhável. A restrição da guarida criminal aos bens jurídicos com real índole penal quer “evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal através de uma *administrativização* de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva.”⁵⁶ O autor explica, ainda, que não basta existir relevância social na tutela de determinados bens jurídicos coletivos: é imprescindível “que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios

52. MOREIRA DE OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa. O direito penal..., p. 147. Itálicos não originais.

53. *Ibidem*, p. 149. Itálicos não originais.

54. TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CANTERJI, Rafel Braude. Estado, economia e direito penal: o direito penal tributário no liberalismo, no welfare state e no neoliberalismo. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Deise Nunes (coord.). Direito penal tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 43.

55. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 224.

56. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

de defesa menos lesivos”⁵⁷, como os oferecidos pelo Direito Civil e Administrativo, por exemplo.

Também Carlos Martínez-Buján Pérez discute o assunto, no contexto da *expansão* do Direito Penal. Para ele, “la expansión implica una desnaturalización, la *administrativización* del Derecho penal, que se manifiesta principalmente (...) en una modificación del propio contenido material de los tipos penales”, operando, desse modo, uma relativização dos princípios penais.⁵⁸ Há quem identifique como causa dessa *expansão* do Direito Penal a ineficiência do próprio Direito Administrativo para prover uma rápida satisfação às autoridades e ao público. O legislador “acaba recorrendo aos esquemas próprios do Direito Penal para fazer cumprir, por ameaça implícita, as normas tributárias”⁵⁹, e, “com isso, transfere-se ao Direito Penal uma carga que ele não consegue carregar, ocorrendo uma expansão *ad absurdum* daquele instrumento que deveria ser considerado como *ultima ratio*.”⁶⁰

Para Hugo de Brito Machado, a questão deve ser vista como de fato ela é: “a criminalização do ilícito tributário deu-se com o objetivo de *compelir* o contribuinte ao pagamento dos tributos. *Não em razão de qualquer reprovação moral de conduta de resistência ao tributo*. E sendo assim, constitui *hipocrisia* negar que tal criminalização tem inegável caráter utilitarista.”⁶¹

57. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal..., p. 99.

58. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa – Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 81.

59. BALERA, Wagner. Crimes contra a ordem tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1995, p. 149.

60. PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administrativização do Direito Penal – reflexos da expansão do Direito Penal nos delitos de “lavagem” de capitais. In: CÂMARA, Luiz Antonio (coord.). Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 112. Itálicos originais.

61. BRITO MACHADO, Hugo de. Estudo de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002, p. 231. Itálicos não originais. Há quem discorde: “saliente-se, por oportuno, que o comportamento proibido não é a simples inadimplência da obrigação tributária. Proíbe-se a desonestidade do contribuinte (...). O Direito Penal não está encarregado de cobrar a dívida tributária, ou, em outros termos, de assegurar todos os créditos tributários não satisfeitos.” (KALACHE, Maurício. Crimes tributários: uma análise da estrutura do tipo penal nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990. Curitiba: Juruá, 2006, p. 143). Mas, Lília Côrtes de Carvalho de Martino, ao analisar o rol de previsões legais, no ordenamento brasileiro, de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em crimes de sonegação fiscal, entende que elas “acabaram transformando o Direito Penal e, conseqüentemente, o juízo criminal, em um verdadeiro cobrador de tributos agindo em nome do Estado. Em última análise, o que se vê no estágio atual é o Direito Penal sendo utilizado como meio

O mesmo autor já havia, anos antes, ressaltado “que o contribuinte, em face da ameaça de denúncia criminal contra ele, sentir-se-á coagido a pagar o tributo, ainda que flagrantemente indevido.”⁶² Nota-se que subjaz, a esse *utilitarismo* penal, uma inversão do raciocínio preconizado por séculos de estudos nas ciências criminais. Não pode ser a intervenção criminal a auxiliar a intervenção fiscal; ao revés: são *todas* as outras formas de manifestação do Estado que devem auxiliar o Direito Penal. Esse auxílio vem a favor da própria sociedade, na medida em que previne a atuação precoce do sistema criminal – *ratio extrema* – poupando os indivíduos dos prejuízos subjetivos e sociais que causa e evitando a *banalização* daquilo que deve ser a aparição menos frequente do poder público: a sanção penal e todos os seus malefícios acessórios. Manifestando o mesmo entendimento, Cezar Roberto Bittencourt e Juliano Breda percebem que o Direito Penal passou, recentemente, a apresentar a feição de simples *instrumento* de manutenção de um dado modelo econômico. Observam, ainda, que “o direito penal vem sendo indistintamente utilizado como reforço das normas administrativas de imposição de deveres na repressão às condutas desviantes no setor econômico, em uma inversão lógica de sua característica subsidiária.”⁶³ O Min. Cezar Peluso, em manifestação nos autos da *Proposta de Súmula Vinculante 29* (que originou a Súmula Vinculante 24), fez questão de registrar sua opinião a esse respeito: “acho que o Tribunal não pode perder de vista o caráter – vamos dizer –, de certo modo, *extravagante* do recurso que o ordenamento jurídico brasileiro faz ao Direito criminal para efeito de *lograr arrecadação*. O Direito Penal é o último recurso de que as ordens jurídicas se valem para defender valores que não podem ser eficazmente defendidos de outro modo. *Não é este o caso da arrecadação de tributos.*”⁶⁴

de coerção para que o Estado consiga maior arrecadação” (A violação do princípio da isonomia no direito penal tributário. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JR., José Paulo (org.). Curso modular de direito penal. Florianópolis: Conceito Editorial; EMAGIS, 2010, v. 2. p. 315. Itálicos originais).

62. BRITO MACHADO, Hugo de. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, jul./set. 1996, p. 236.
63. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.
64. DJE de 19.02.2010, fl. 28. Intervenção no voto do Min. Celso de Mello. Itálicos não originais.

Aceitar a criminalização da sonegação fiscal como “técnica auxiliar” do Estado para conseguir melhor arrecadar é reduzir o Direito Penal a um gesto público e vulgar de força, negando-lhe a autonomia como ciência; despindo-lhe de seus princípios próprios; transformando-o em mais um capítulo do já copioso (e falho) programa de *fórmulas* para tornar a exação mais eficiente; anulando, com isso, a *dignidade da pessoa humana*.

3 A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS NA TEORIA

A Procuradoria-Geral da República ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.571 ao argumento de que o art. 83 da Lei 9.430/96, ao condicionar a ação penal ao fim do processo administrativo fiscal relativo aos crimes tributários, teria violado a Constituição, em seu art. 129, I.⁶⁵ O entendimento do relator, Min. Gilmar Mendes, foi de que o art. 83 “não afeta em nada a atuação do Ministério Público.”⁶⁶ O Min. Sepúlveda Pertence acompanhou o relator e ressaltou: “do que a denúncia não depende é da comunicação, dita ‘*representação fiscal*’, da autoridade administrativa, podendo oferecê-la a qualquer tempo, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo.”⁶⁷ Ou seja, o oferecimento da ação penal deve aguardar o fim do processo administrativo, não estando a acusação vinculada, para agir, ao recebimento da representação fiscal para fins penais. O Min. Marco Aurélio, em seu voto, esclareceu: “o artigo 83 da Lei 9.430/96 apenas vincula a atividade fiscalizadora relativamente à obrigatoriedade de noticiar ao Ministério Público fato que possa ser enquadrado como crime. E aí temos que essa comunicação está sempre a depender, no tocante à iniciativa da administração fiscal, da decisão final nessa mesma esfera, no campo administrativo.”⁶⁸

Então, a ADI foi julgada improcedente, em acórdão assim ementado: “1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da

65. “São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

66. STF – ADI 1571 – Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ de 30.04.2004. Voto, fl. 272.

67. Ibidem, fl. 279. Itálicos originais.

68. Ibidem, fl. 281.

Lei 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. *Notitia criminis* condicionada ‘à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário’. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita ‘representação tributária’, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação.”⁶⁹

Esse julgado estabelece a harmonia do art. 83 da Lei 9.430/96 com o regime constitucional em matéria penal: admitir essa *condição de ação* (aguardo do término do processo fiscal) aos crimes tributários não implica considerar que a esfera penal é dependente da esfera administrativa. O STF, nos autos da *Proposta de Súmula Vinculante 29* (que originou a Súmula Vinculante 24), tratou novamente dessa questão. O Min. Cezar Peluso, nesses autos, considerou que, se “o Estado não pode cobrar administrativa ou judicialmente na via cível, como é que ele pode exigí-lo [o crédito] na via criminal, mediante uma pretensão punitiva?”⁷⁰ Em termos mais abrangentes, o Min. Carlos A. Britto exarou o seguinte voto: “ou seja, o administrado contribuinte tem o direito de ver o seu processo administrativo fiscal chegar ao fim. Esse processo não pode ser abortado pelo jurisdicional paralelo. *As duas instâncias, a administrativa e a jurisdicional, em matéria fiscal, são realmente apartadas por desígnio constitucional, que fala de jurisdição fiscal no âmbito da administração e a vontade decisória do Estado, no sentido de cobrar tributo de alguém, é necessariamente processualizada. (...) Então, Sr. Presidente, cheguei à conclusão, enfim, de que não há interdependência, aliás, há independência, há autonomia do processo administrativo e do processo jurisdicional em matéria tributária, não só em matéria tributária, como em outras*

69. STF – ADI 1571 – Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ de 30.04.2004.

70. Autos da PSV 29, fl. 35. Manifestação no voto do Min. Carlos A. Britto.

matérias. Mas, no caso da matéria tributária, me parece que não há interdependência. É preciso deixar que o processo administrativo chegue a seu término que é um direito do contribuinte levar os meios e recursos de que fala o inciso LV do art. 5º da Constituição às últimas consequências, pena de se transformar uma ampla defesa numa curta defesa.”⁷¹

Essa consciência não é nova no cenário jurídico nacional, como faz crer o extinto Decreto 57.609/66. Antes de estabelecer, em seu art. 3º, § 1º, que “a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar” as cópias dos principais documentos do processo administrativo, para servirem como indícios do crime, “*logo após a decisão final* condenatória proferida na esfera administrativa”, o Decreto havia mencionado, em suas *consideranda*, os motivos para tanto. Uma das razões é que as “Leis 4.357, de 16 de julho de 1964, e 4.729, de 14 de julho de 1965, deram tipicidade penal a certos fatos e situações antes apenas situados no campo administrativo tributário”. E os outros, mais relevantes aqui, são:

“A *autonomia recíproca* do processo administrativo fiscal e do processo criminal”; “A *competência privativa* para a fiscalização externa dos tributos federais e conseqüente instauração de procedimentos fiscais são deferidos por lei a servidores fazendários especializados, integrantes do Grupo Fisco”; “O superior interêsse da Administração determina que se tracem normas que visem a assegurar *estreita cooperação* entre os serviços próprios da Fazenda e os do Departamento Federal de Segurança Pública, bem como a *prevenir o surgimento de conflitos de atribuições*”.

Portanto, está claro que o art. 83 da Lei 9.430/96, ao instituir a obrigação do agente fiscal de comunicar o Ministério Público, com uma representação para fins penais, do término do processo administrativo e de seu resultado, não desrespeitou, mas *preservou*, a *competência privativa* da Administração Pública, estabelecida no art. 142 do CTN, de “constituir o crédito tributário”, e impediu, com isso, eventual *conflito de atribuições* entre ela e o órgão público responsável pela persecução criminal. Ou, como enfaticamente colocou

71. Autos da PSV 29, DJE de 19.02.2010, fls. 35-36. Itálicos não originais.

Ives Gandra da Silva Martins, “*apenas, tão-somente, exclusivamente e unicamente* a autoridade administrativa, na modalidade de ofício, pode constituir o crédito tributário.”⁷² Entender diversamente significaria “admitir que alguém fosse condenado por homicídio, estando a vítima assassinada assistindo ao julgamento.”⁷³ Isto é, caso o Ministério Público possa promover ação penal por suposta sonegação fiscal *antes* dessa constituição de crédito, aí sim, estará usurpada a competência e a independência da Administração Pública.

Do mesmo modo que não compete à Administração Pública concluir pela existência de base para o oferecimento de denúncia criminal – pois essa é a competência privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I) – cabe-lhe remeter ao órgão da acusação a representação fiscal para fins penais para que ele tome a providência que entender pertinente (oferecendo denúncia ou não). O art. 83 da Lei 9.430/96 acaba por *reforçar a independência teórica* das esferas administrativa e penal em sede de crimes tributários⁷⁴, assegurando a cada qual o exercício de seus papéis *privativos* sem que um interfira no âmbito de especialidade legal do outro.

Brito Machado, em atenção ao art. 129, I, CF, observa que a obrigação do Ministério Público é “promover a ação penal pública *nos termos da lei*. Assim, a lei que estabeleça qualquer condição para a propositura da ação penal não estará, de nenhum modo, contrariando aquele dispositivo da Constituição.”⁷⁵ Pelo contrário: o estará confirmando. É assim que o Estado brasileiro optou por se organizar. Aliás, a razão de as esferas serem (teoricamente) independentes é dar guarida à harmonia interna da ordem jurídica:

72. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. O ilícito tributário e o ilícito penal tributário – Inteligência da lei penal tributária no tempo – Improcedibilidade penal em caso de concessão de moratória por infração fiscal culposa e não dolosa. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 83, v. 700, fev./1994, p. 450. Itálicos originais.

73. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1995, p. 29.

74. Como frisa Paulino, a apuração do ilícito administrativo-fiscal “é atividade privativa de autoridade do Poder Executivo, o que equivale a afirmar que somente o Poder Executivo e nenhum outro pode exercer essa atividade, sob pena de violação ao princípio da independência entre os Poderes” (PAULINO, José Alves. Crimes contra a ordem tributária: comentários à Lei n. 8.137/90. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 117-118).

75. BRITO MACHADO, Hugo de. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002, p. 166. Itálicos originais.

o fato de serem autônomas que possibilita seu inter-relacionamento de maneira *lógica e coerente*.⁷⁶ Ademais, a inclusão, pela Lei 12.382, de 25.02.2011, do § 1º (e mais cinco outros) no art. 83 da Lei 9.430/96⁷⁷, determinando a cautela de que a representação fiscal para fins penais somente seja encaminhada ao Ministério Público “*após a exclusão da pessoa física ou jurídica*” do programa de parcelamento de débitos a que haja aderido, vem a confirmar que esse *aguardo* do deslinde da questão administrativa não interfere em nada na atuação independente das esferas judicial e administrativa. Vide, ainda, em igual direção, o art. 1º da Portaria Conjunta da Receita Federal com o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais 2.263, de 14.03.2011, determinando que os autos das representações fiscais para fins penais deverão aguardar “*até a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente (...)*.”

4 A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS NA PRÁTICA

Mas o resguardo legal da independência das esferas busca, precisamente, impedir que setores distintos do poder público atuem de forma *antagônica*. Afinal, “*procedibilidade autônoma não pode nunca implicar condenação autônoma.*”⁷⁸ A Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, reitera que ele obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da *ampla defesa* e do *contraditório* (art. 2º). Além disso, o interessado poderá, na instrução, “*juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*” (art. 38), cabendo a ele “*a prova dos fatos que tenha alegado*” (art. 36). É certo que os

76. GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; MOREIRA DE OLIVEIRA, Felipe Cardoso. Procedimento administrativo tributário e ação penal, vínculos necessários: a desconstrução do mito da independência das esferas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (coord.). Direito penal tributário. São Paulo: MP, 2005, p. 123-124.

77. “§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.”

78. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária..., p. 29.

processos administrativos fiscais específicos são regidos por lei própria (art. 60), mas eles não poderão contrariar as garantias do interessado e a amplitude dos fatos que podem ser discutidos na instrução, tal como estabelecido na Constituição e na Lei 9.784/99: *tudo* o que interesse à defesa pode ser por ela aventado nos processos administrativos fiscais.

O auto de infração fiscal (que, via de regra, é o que marca o início do processo administrativo fiscal), parte, como é curial, de *pressupostos de fato*. O art. 10, do Decreto 70.235, de 06.03.1972, dispõe o seguinte sobre esse documento:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Sobre a amplitude de defesa que é dada ao interessado, veja-se o art. 16 do mesmo diploma:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I – a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II – a qualificação do impugnante;

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV – as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Isso significa que a própria *matéria de fato* que constará do auto de infração está, evidentemente, sujeita à dialética processual natural de um Estado Democrático de Direito e se desenvolverá de

acordo com alegações e impugnações que podem ser retratadas nas seguintes hipóteses, por exemplo: *a) alegação* de que é o contribuinte quem tem responsabilidade pelo preenchimento da sua Declaração de Imposto de Renda; *impugnação* de que essa função foi por ele delegada a outrem; *b) alegação* de que uma pessoa jurídica possui determinada composição societária; *impugnação* de que a composição se alterou ou de que ela não reflete a realidade; *c) alegação* de que há falsidade em registros contábeis; *impugnação* de que tal falsidade inexistente, o que pode ser comprovado por perícia; *d) alegação* de fraude em informações prestadas ao Fisco; *impugnação* de que, após esclarecimentos do contribuinte, ficará patente que não há fraude; *e) alegação* de que é o contribuinte quem tem a responsabilidade pela administração fiscal e contábil da empresa em questão; *impugnação* de que tal responsabilidade, de fato, cabe à(s) pessoa(s) diversa(s) da(s) constante(s) do auto de infração; *f) alegação* de que houve dano ao Erário; *impugnação* de que o Erário não foi prejudicado; *g) alegação* de que houve interposição fraudulenta em operações de comércio exterior; *impugnação* de que tal alegação decorre de mera presunção do agente fiscal, a qual pode ser afastada no decorrer do processo administrativo; *h) alegação* de que determinada empresa não existe de fato; *impugnação* de que ela realmente existe e funciona de modo lícito etc.

Há uma ampla gama de *alegações de fatos* e de *impugnações de fatos* – os quais poderiam vir a embasar denúncia criminal – que estão e sempre estiveram sujeitos à prova e à contraprova no âmbito administrativo: já nessa seara, tais imputações e alegações podem ser rechaçadas (ou, naturalmente, confirmadas). Isso significa que não se trata, apenas, de aguardar a *constituição de um crédito* ou a sua *quantificação* pela autoridade competente (embora tais questões sejam geralmente as mais importantes): trata-se, também, de aguardar um processo, com todas as suas implicações probatórias e no qual se garantam ao cidadão acusado a *ampla defesa* e o *contraditório* relativamente aos *fatos* que lhe são imputados no âmbito administrativo, precisamente porque, fazendo uso de tais direitos, ele poderá *provar*, o quanto antes, que tais imputações são improcedentes.

CONCLUSÃO

Decorre da Constituição Federal que aos litigantes, em *processo administrativo*, “são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Isso significa que não é somente a *existência* do crédito tributário ou o seu *quantum* que podem ser questionados pelo contribuinte na esfera administrativa. O aguardo da decisão administrativa *não* está fundado unicamente na necessidade do reconhecimento de uma *relação jurídico-tributária* em que o Estado é o credor e o particular é o devedor: a própria *existência dos fatos* descritos no auto de infração está sujeita ao contraditório no processo administrativo fiscal e, por isso, pode compor a matéria de defesa a ser avaliada pela autoridade administrativa – o que pode provocar, naturalmente, uma mudança importante no relacionamento entre as autoridades administrativa e judiciária, na *prática*.

Nesse sentido, perde sua força a ideia da *independência* das instâncias, isto é, passa ser mais (ou exclusivamente) teórica do que prática: caso o contribuinte prove que um ou mais *pressupostos do fato* imputado não existem ou foram retratados de forma imprecisa pela autoridade administrativa, o Poder Judiciário estará atrelado a tal prova; será, na prática, *dependente* dessa verdade. E dela não poderá descurar, também, o Ministério Público. É dizer: não poderá uma autoridade julgadora “fazer de conta” que não se produziu prova relevante no processo que está a cargo da outra autoridade julgadora quando ambas estão analisando e decidindo precisamente sobre *os mesmos fatos*.

Raciocínio contrário – sustentando, p. ex., a independência na prática das instâncias – terá, inevitavelmente, um viés ficcional, artificial. Defender que os diferentes setores públicos que julgam a mesma pessoa quanto a idêntico fato não se devem comunicar e compartilhar provas é relativizar a razão de ser de garantias fundamentais e permitir uma *quebra lógica* do sistema, na medida em que se passa a admitir uma decisão administrativa *afirmando* que uma situação de *fato existe*, por um lado, e uma decisão judicial *afirmando* que *a mesma situação de fato não existe*, por outro lado. Seriam como *realidades paralelas* dentro do mesmo Estado – contradição que,

desnecessário justificar, pode apenas levar à desordem e ao prejuízo coletivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Princípios penais – da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 59, v. 417, jul./1970.

ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues de. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

BALERA, Wagner. Crimes contra a ordem tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1995.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 2, n. 5, jan./mar. 1994.

BARROETAVEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributários. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 18, n. 86, set./out. 2010.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, jul./set. 1996.

BRITO MACHADO, Hugo de. Estudo de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002.

BRITO MACHADO, Hugo de. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 4, n. 15, jul./set. 1996.

CEREZO MIR, José. *Obras completas I. Derecho penal – parte general*. Peru: Aras, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 14, n. 60, maio/jun. 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal (Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari)*. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais/Thomson Reuters*, 2013.

DOTTI, René Ariel. *O direito penal econômico e a proteção do consumidor (Comunicação apresentada ao Colóquio preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal – Rio de Janeiro, 20-23.10.1982)*. Curitiba: Livraria Ghignone, 1982.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 97, n. 877, nov./2008.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ETCHEVERRY, Alfredo. *Objetividade jurídica do delito econômico*. (Trad. Lélia Mendes Frago). *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, a. II, n. 6, jul./set. 1964.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal, parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2004. t. I.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; MOREIRA DE OLIVEIRA, Felipe Cardoso. Procedimento administrativo tributário e ação penal, vínculos necessários: a desconstrução do mito da independência das esferas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (coord.). Direito penal tributário. São Paulo: MP, 2005.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal – Fundamentos, estrutura, política. (Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal – Arts. 155 a 196. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VII.

KALACHE, Maurício. Crimes tributários: uma análise da estrutura do tipo penal nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa – Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINO, Lília Côrtes de Carvalho de. A violação do princípio da isonomia no direito penal tributário. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JR., José Paulo (org.). Curso modular de direito penal. Florianópolis: Conceito Editorial; EMAGIS, 2010. v. 2.

MOREIRA DE OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa. O direito penal e a intervenção mínima. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 5, n. 17, jan./mar. 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Devido processo administrativo sancionador no sistema financeiro nacional. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). Direito Sancionador – Sistema Financeiro Nacional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PAULINO, José Alves. Crimes contra a ordem tributária: comentários à Lei n. 8.137/90. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administrativização do direito penal – Reflexos da expansão do direito penal nos delitos de “lavagem” de capitais. In: CÂMARA, Luiz Antonio (coord.).

Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROBERTI, Maura. A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. (Trad. de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997. t. I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2. ed. (Trad. Luís Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE JR., Miguel. Instituições de direito penal, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.

SANCTIS, Fausto Martin de. Direito penal tributário: aspectos relevantes. Campinas: Bookseller, 2005.

SCANDELARI, Gustavo Britta. A extinção do crédito fiscal como causa geral de extinção da punibilidade nos crimes tributários. In: BUSATO, Paulo; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta. Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

SCANDELARI, Gustavo Britta. O crime tributário de descaminho. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. (Dir. Edgardo Alberto Donna). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. II.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1995.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. O ilícito tributário e o ilícito penal tributário – Inteligência da lei penal tributária no tempo – Improcedibilidade penal em caso de concessão de moratória por infração fiscal culposa e não dolosa. Revista dos Tribunais. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 83, v. 700, fev./1994.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 6, n. 23, jul./set. 1998.

TAVARES, Juares. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CANTERJI, Rafel Braude. Estado, economia e direito penal: o direito penal tributário no liberalismo, no welfare state e no neoliberalismo. In TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Deise Nunes (coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CAPÍTULO VII

LAVAGEM DE DINHEIRO: UM ESTUDO SOBRE A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO

MÁRCIA DE FÁTIMA LEARDINI VIDOLIN DRESCH

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professora de Direito Penal e Processo Penal na graduação e pós-graduação lato sensu do UNICURITIBA. Professora do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Advogada Criminal.

DOUGLAS RODRIGUES DA SILVA

Pós-Graduando lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do grupo de pesquisa Direito Penal Econômico - repercussões da sociologia contemporânea na política criminal dos crimes econômicos e no desenvolvimento das respectivas categorias dogmáticas do delito e da pena. Assessor no Ministério Público Federal.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal atual passa por uma grande virada dogmática e político-criminal. Ao contrário do Direito Penal individual, também conhecido com Direito Penal liberal, o Direito Penal do século XXI, além do seu caráter cada vez mais expansivo, tende a atuar como verdadeiro gestor setorial, não se importando com lesões individuais, mas com o impacto que pequenas lesões cumuladas

causam a toda coletividade¹. É nessa seara que ganha destaque a figura do bem jurídico supraindividual.

A lavagem de dinheiro é, juntamente com os crimes ambientais, a principal figura típica decorrente do fenômeno de expansão do Direito Penal. Cada conduta de ocultação de bens, por si só, não ocasiona nenhuma lesão relevante ao bem jurídico tutelado. Entretanto, o branqueamento de grandes quantias de ativos oriundos da atividade delitativa tem o poder de ocasionar uma verdadeira “pane” no sistema econômico de um país, senão do mundo inteiro. Aliás, o tipo penal de lavagem tem como finalidade, para além de permitir a responsabilização do “pequeno lavador”, a estabilidade de todo o setor econômico. Eis aí o seu caráter de gestão setorial, muito semelhante ao Direito Administrativo.

Nesse contexto, o advogado se constitui como figura essencial, não só no sentido de assegurar a defesa do sistema constitucional de garantias e direitos fundamentais, mas também no sentido de atuar como principal mecanismo de reinserção dos ativos na economia lícita por meio do recebimento de honorários maculados.

O presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de responsabilização do advogado que recebe, como remuneração por seus serviços, honorários advocatícios maculados, principalmente nos casos em que a origem dos bens é facilmente aferível pelo causídico.

Para embasar a pesquisa, desenvolveremos, em primeiro lugar, o novo papel do Direito Penal como protetor de bens jurídicos, para, em segundo lugar, perquirir o verdadeiro bem jurídico penal tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, assim como previsto pela Lei n. 9.613/98. Ao final, analisar-se-á a questão do dolo eventual no crime de branqueamento de capitais e a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada para fundamentar a responsabilidade penal do advogado que recebe honorários advocatícios maculados.

1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 151.

1 O DIREITO PENAL COMO PROTETOR DE BENS JURÍDICOS

A limitação do poder de punir, ou seja, até onde o Direito Penal poderia alcançar, sempre foi um tema recorrente no interior da doutrina. A busca pelos limites da norma penal dificilmente deixou de fazer parte da pauta de debates. Isso porque a resposta a tal problema se mostra essencial à perquirição da função do próprio Direito Penal no âmbito de determinada sociedade. Saber para que punir, o que punir e como punir são pontos essenciais para se compreender, ou pelo menos se tentar compreender, os “porquês” do Direito Penal.

A preocupação com os requisitos mínimos para se dizer que determinada conduta deve ser considerada criminosa não se perfaz como problema único do legislador, responsável por selecioná-las, mas também de toda a ciência penal. As diretrizes sobre a penalização, aliás, não podem e não devem ficar adstritas ao puro arbítrio do legislador.

Durante o caminhar da evolução da ciência penal, principalmente no período pós-guerra (1945), tem se mostrado como tendência a criminalização de “bens jurídicos concretos”. O Direito Penal tem se mostrado muito menos preocupado com a proteção dos valores morais, políticos ou religiosos – o que não significa afirmar o abandono total dessa prática. O que se quer dizer, afinal, é que a norma penal tem se construído dentro de uma visão muito mais afinada com a proteção de bens jurídicos do que com outros valores².

Em suma, a criminalização nos tempos contemporâneos tende a penalizar aquelas condutas que, de alguma forma, ataquem bens jurídicos.

Sem embargo, como aponta Claus Roxin³, a discussão acerca do papel do bem jurídico ficou muito tempo esquecida. Não se mostrava como uma preocupação doutrinária. O que tem sido

2. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

3. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14-15.

mudado nas últimas décadas, notadamente com a teoria de Günther Jakobs, sem mencionar Hirsch e Stratenwerth.

No entender de Jakobs, a preocupação do Direito Penal não recai sobre a proteção de bens jurídicos. Longe disso. Partindo-se de uma noção de identidade normativa no âmbito social, Jakobs leciona que ao Direito Penal incumbe restabelecer a confiança na norma, abalada em virtude do cometimento da conduta criminosa. Ou seja, a construção do Direito Penal, dentro de tal concepção, sequer preocupa-se com a proteção de bens jurídicos. O que vale, sobretudo, é a necessidade de se assegurar a estabilidade social por meio da reafirmação da norma⁴.

Como deixam transparecer Eugênio Pacelli de Oliveira e André Callegari⁵, “o sistema do ilustre filósofo e penalista alemão apresenta características meramente formais, no sentido de se desvincular de qualquer conteúdo material específico para as normas penais”. É com base nisso que Jakobs estabelece os processos de criminalização, não sendo, para ele, relevante apurar a violação ou não de um bem jurídico, mas, sim, o abalo da identidade normativa de dada sociedade e, por conseguinte, de uma expectativa de comportamento.

Indo além das explicações de Jakobs, o próprio Roxin⁶, elenca as objeções feitas por Hirsch e Günther Stratenwerth. Na concepção deste, o tipo penal atua como mecanismo de punição a comportamentos inconvenientes, dentro de uma perspectiva social, enquanto para aquele, não há que se falar em um conceito de bem jurídico predeterminado.

Não obstante tais críticas, fato é que a concepção de bem jurídico e sua proteção, atualmente, se apresenta como ponto nevrálgico no interior da ciência penal. O debate sobre a criminalização ou não de certas condutas passa, quase que obrigatoriamente, pela seara

4. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

5. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal; parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

6. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14-15.

de proteção aos bens jurídicos. Por isso, seu estudo se faz tão importante.

Aliás, como bem pontuado por Cezar Roberto Bittencourt⁷, ao citar Cobo Del Rosal e Vives Antón, a proteção de bem jurídico se mostra como um critério material adequado e seguro na definição dos tipos penais e das condutas que serão criminalizadas.

Com efeito, o Direito Penal contemporâneo tende a ser visto no âmbito de um sistema de proteção de bens jurídicos, sendo tal concepção de crucial importância ao deslinde das demais categoriais pertencentes à dogmática.

1.1 A CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO

A partir de todo o exposto, paira a questão: do que se trata, então, o bem jurídico? No que se constitui o bem jurídico?

Nas ilações do professor alemão, o Direito Penal não pode ser visto em desconexo com sua função social. O conceito de bem jurídico, desta feita, deve ser deduzido a partir dos fins político-criminais do Direito Penal, integrando em seu bojo a proteção da liberdade humana e dos direitos humanos fundamentais⁸. Para Roxin, a intervenção jurídico-penal deve resultar dessa função social do Direito Penal, pois é dela donde retira sua legitimidade.

O Direito Penal deve garantir a coexistência pacífica, livre e segura dos membros do tecido social, desde que tais metas não sejam ou não possam ser atingidas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida o direito à liberdade que dispõe todo cidadão⁹. Com efeito, torna-se imprescindível a busca pelo adequado equilíbrio entre intervenção (no sentido jurídico-penal) e liberdade (no âmbito civil).

7. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

8. LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2012. p. 12.

9. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16-17.

Inferre-se disso que ao Estado não incumbe tão somente a proteção das condições individuais necessárias (como vida, patrimônio, dignidade sexual etc.) para se viver em sociedade. Muito além disso. Ao Estado, notadamente por meio do Direito Penal, recai a obrigação de assegurar instituições estatais adequadas, pois tal pressuposto se figura essencial à pretensão de garantia de coexistência pacífica. Logo, ganha o mesmo contorno de importância a proteção de outros bens jurídicos que ultrapassam a esfera do individual, como a administração da justiça, a ordem econômica, a ordem tributária, a administração pública etc¹⁰.

Para Roxin¹¹, o bem jurídico deve ser definido como todo objeto legítimo de proteção das normas decorrentes de circunstâncias reais dadas – o que indica que os bens jurídicos não se configuram, necessariamente, como um conceito preexistente ao legislador, podendo, inclusive, por ele ser criado, desde que essencial à garantia da função social do Direito Penal. Todo Direito se refere à algo e o bem jurídico é esse algo ao qual se refere determinado direito¹².

O que importa, realmente, é que o bem jurídico deve atuar, sobremaneira, como limitador da punibilidade.

Ainda, dentro desse ideal de limitação, Roxin¹³ propõe nove pressupostos de legitimação da intervenção jurídico-penal:

1. Normas calcadas, unicamente, em motivações ideológicas ou atentatórias aos Direitos Humanos Fundamentais não podem prosperar;

2. O bem jurídico não se constitui a partir da mera transcrição do objeto da lei no seu texto – o que apenas expressaria as intenções

10. Conforme as explanações de Roxin, “pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade”. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

11. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

12. Para Zaffaroni e Pierangeli, o bem jurídico é uma relação de disponibilidade de um sujeito e um, um objeto. (ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 399)

13. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20-25.

do legislador. O que se deve apurar, contudo, é se a conduta criminalizada representa uma afronta à convivência pacífica entre a humanidade;

3. Atentados contra a moral não podem justificar uma norma penal¹⁴;

4. O mero atentado à dignidade humana, a prima facie, não se mostra como lesão de um bem jurídico. Se o atentando a dignidade, v.g., ao invés de reduzir as condições de coexistência pacífica, melhorar ou incrementar as possibilidades de vida, não há que se falar em lesão a um bem jurídico;

5. Ao Direito Penal não cabe cuidar de sentimentos, com o fim de protegê-los, salvo se os mesmos tratarem-se de sentimentos de “vingança”;

6. A autolesão consciente não constitui ofensa ao bem jurídico, tampouco a sua viabilização ou seu fomento. A proteção de bens jurídicos recai sobre condutas perpetradas em prejuízo de outras pessoas, não atuando contra condutas lesivas que não ultrapassam o próprio âmbito do agente;

7. Leis penais simbólicos não protegem bens jurídicos, por isso mesmo não se legitimam. Ou seja, em casos, por exemplo, que a norma penal criminalize atos de caráter meramente simbólico, não há como se sustentar a proteção de bens jurídicos;

8. O uso da norma penal como meio regulatório de “tabus” sócias também se mostra como ilegítima, pois os ditos tabus sequer são bens jurídicos. O maior exemplo de crimes dessa espécie é o caso do incesto – que não passa de mero tabu;

9. A proteção de objetos de incompreensível abstração (como, v.g., condutas que perturbam a paz pública) não pode ser legitimidade, ainda mais porque não temos propriamente um bem jurídico específico.

14. Nesse sentido, importante são as lições do Professor Nilo Batista, em sua antológica obra de introdução ao direito penal, quando afirma que a incriminação de condutas desviadas são proibidas. “A expressão desviada foi aqui empregada na concepção de Clinard, como conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade. Estamos aqui falando o ‘direito à diferença’, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser castigados”. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 91-92.

Claus Roxin propõe, em suma, uma sistematização muito próxima ao neokantismo, substituindo, contudo, as ditas normas de cultura (presentes em tal concepção) por uma orientação político-criminal, conformando-a com os fins da penalização¹⁵. Nessa seara, o bem jurídico penal se configura como um critério negativo de criminalização, considerando como irrelevante aquelas condutas que de nenhuma forma ataquem bens jurídicos¹⁶.

1.2 A LAVAGEM DE DINHEIRO E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Questão de difícil deslinde recai no problema da definição do bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro.

A “reciclagem de ativos” passou a ocupar o interesse político-penal a partir dos anos 70 e 80 do século XX. Nesse período, as estrondosas quantias movimentadas pelos narcotraficantes colombianos, na venda de cocaína para usuários estadunidenses, chamaram a atenção do Governo. Em 1982, após a apreensão de numerários oriundos do tráfico, o termo Money laundering (lavagem de dinheiro) foi judicializado¹⁷.

A lavagem de dinheiro como tipo penal presente em diversas legislações teve seu embrião durante os encontros organizados pela Organização das Nações Unidas (ONU), que culminaram na consolidação da Convenção de Viena de 1988¹⁸. O teor das tratativas firmadas visava, sobretudo, coibir o tráfico de entorpecentes (conhecido justamente pelo seu caráter transnacional e movimentador de grandes quantias), criminalizando-se a conduta de “reciclagem de ativos” oriundos de fato delitivo anterior – o que se apresentaria como uma forma de tornar o tráfico de drogas cada vez menos atraente.

15. ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 352.

16. LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2012. p. 15.

17. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

18. LARA, Alysson F. J.; GOIS, Marcio Cristiano. A amplitude do bem jurídico no delito de lavagem de capitais e a consequente delimitação de seu momento consumativo. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, p. 245-264, 2013. p. 246.

Em momento posterior, o crime de lavagem foi ampliado, indo além do simples tráfico de entorpecentes, passando a incluir outros delitos, a ponto que, atualmente, em diversas legislações, qualquer delito anterior é suficiente para configurar o crime de lavagem de ativos.

Contudo, a evolução típica trouxe um problema novo ao Direito Penal. Qual o bem juridicamente protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro?

A doutrina não chegou a um consenso. Atualmente três vertentes¹⁹ têm sido defendidas, o crime de lavagem de dinheiro como: i) protetor do bem jurídico do crime antecedente; ii) protetor da administração da justiça; e iii) protetor da ordem econômica²⁰. Apesar de parecer como um simples debate acadêmico, a definição precisa do bem jurídico penal do crime de branqueamento de capitais se apresenta como crucial, inclusive, à definição do seu momento consumativo.

Sob a ótica da primeira vertente, tem-se que o crime de lavagem de dinheiro teria um fim preventivo-geral. O que se buscaria, a princípio, seria o desestímulo da prática do crime antecedente, servindo como mecanismo inibidor e intimidar dos agentes que, de alguma forma, praticaram o delito antecedente. O intuito da norma, portanto, seria obstar que o agente pudesse integrar as vantagens decorrentes do crime ao seu patrimônio²¹. Podendo-se entender como uma espécie de “superproteção” do bem jurídico tutelado no crime antecedente²².

Como explica Christian Laufer²³:

-
19. Também existe uma quarta vertente, a qual não abordaremos neste trabalho, que enxerga o delito de lavagem de dinheiro como um crime pluriofensivo, atingindo mais de um bem jurídico. Nesse sentido, v. BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários artigo por artigo à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.
 20. LARA, Alysso F. J.; GOIS, Marcio Cristiano. A amplitude do bem jurídico no delito de lavagem de capitais e a consequente di culdade de identi car o seu momento consumativo. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, p. 245-264, 2013. p. 251-252.
 21. LARA, Alysso F. J.; GOIS, Marcio Cristiano. A amplitude do bem jurídico no delito de lavagem de capitais e a consequente di culdade de identi car o seu momento consumativo. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, p. 245-264, 2013. p. 252.
 22. SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 889-910, 2007. p. 895-896.
 23. LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico

No início da criminalização mundial da lavagem de capitais – principalmente enquanto esse delito ainda estava conectado somente ao tráfico ilícito de entorpecentes –, muitos autores enxergava na ocultação do produto do tráfico nada mais do que uma fase de execução do delito antecedente, inevitável e indispensável para o seu conhecimento.

Todavia, como apontam Fábio André Guaragni e Marina Fernandes Ortigara²⁴, seguindo-se tal entendimento, o crime de lavagem de dinheiro não poderia cumprir com sua função político-criminal, visto que a conduta de reciclagem de ativos já teria se iniciado, bem como o crime antecedente já teria ocorrido. O que se estaria fazendo, pois, seria preservar o delito que desencadeou tudo. Não é outro o motivo que levou este posicionamento a perder muitos de seus defensores.

Não bastasse isso, outros problemas decorrem dessa interpretação.

Em primeiro lugar, se assim fosse, ou seja, o crime de lavagem de dinheiro como mecanismo de “superproteção” do bem jurídico do crime antecedente, a própria lavagem de ativos deveria atuar como incremento da lesão causada ao bem jurídico²⁵. Em outras palavras, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, v.g., a posterior reciclagem dos ativos decorrentes do crime deveria incrementar a lesão causada ao bem jurídico da primeira conduta, qual seja a saúde pública. Contudo, isso não ocorre. A dissimulação e integração dos valores auferidos com o crime de tráfico em nada aumentam as lesões perpetradas em detrimento da saúde pública²⁶.

tutelado e seus re exos na legislação penal brasileira. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2012. p. 111.

24. ORTIGARA, Marina Fernandes; GUARAGNI, Fábio André. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 34, p. 312-357, 2014. p. 327.
25. SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 889-910, 2007. p. 897.
26. “Reforçando ainda mais a falta de sustentabilidade da tese ora em análise, deve-se ter em mente que, caso o objetivo das legislações antilavagem fosse uma ‘superproteção’ do bem jurídico atingido pelo crime antecedente, a própria lavagem de dinheiro deveria, também, agravar a lesão específica a esse bem jurídico”. SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 889-910, 2007. p. 897.

Em segundo lugar, pensar assim fatalmente conduziria ao reconhecimento da consunção do delito de branqueamento de capitais no crime antecedente. A lavagem, pois, seria mero exaurimento²⁷.

Por outro vértice, há os defensores da segunda vertente, que enxergam a administração da justiça como bem jurídico tutelado dos delitos de branqueamento de ativos.

Segundo tal entendimento, muito defendido por Rodolfo Tigre Maia²⁸, a criminalização da lavagem de dinheiro serviria como forma de permitir às autoridades responsáveis pela investigação que alcançassem os autores do crime antecedente, muitas vezes uma organização criminosa, bem como o exercício do poder confiscatório por parte do Estado em face dos bens auferidos como produto do crime.

Contudo, militar nesse sentido leva a um problema semelhante ao apontado na primeira vertente.

A tipificação do crime de lavagem de dinheiro aproximar-se-ia muito à tipificação do artigo 349 do Código Penal brasileiro²⁹, que prevê o delito de favorecimento real, logo deveria ser vista da mesma forma, dizem os defensores de tal concepção. No entanto, a aplicação da legislação anti-lavagem, nesses casos, aplicar-se-ia da mesma forma de quando reconhecemos a questão da “superproteção” do bem jurídico do delito antecedente. Haveria a consunção da lavagem pelo crime anterior³⁰.

Além disso, se a intenção fosse tão somente assegurar a administração da justiça, melhor seria a imposição de medidas administrativas nesse intento, como explicitam Manuel Cobo Del Rosal e Carlos Zábala López-Gómez³¹:

27. SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 889-910, 2007. p. 898.

28. MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.

29. Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

30. SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 889-910, 2007. p. 900-901.

31. COLO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GOMES, Carlos. Blanqueo de

(...) el llamado delito de blanqueo de capitales, sencillamente, no debiera ser delicto, en su caso infracción administrativa, y a o sumo delito fiscal se después de blanquearlo no se declara a Hacienda Pública como es lógico e natural. Sólo el dislocado y poco inteligente afán represivo contra el narcotráfico, terrorismo y criminalidad organizada, ha llevado a la configuración como um delito com pena criminal, em lugar de que se fuese una mera infracción administrativa con una simples aunque grave multa

Por fim, tem-se a terceira corrente, que defende o crime de lavagem de dinheiro como ofensa ao bem jurídico ordem socioeconômica. Talvez seja essa a vertente mais aceita na esfera doutrinária. Os defensores dessa concepção vêm o crime de reciclagem de ativos como um ataque frontal ao sistema econômico de uma sociedade, atingindo sua segurança e seu funcionamento regular. Sem embargo se possam identificar outros interesses afetados, alguns, inclusive, de cunho individual, a doutrina afirma que a finalidade da norma é a proteção da normalidade econômica em sua generalidade³². Para Fausto De Sanctis³³, além do bem jurídico imediato, a ordem econômica e a livre-concorrência – esta em caráter eventual –, protege-se também a efetividade da administração da justiça.

Em suma, o tipo penal visa, sobretudo, impedir que, condutas praticadas no sentido de reintegrar os proveitos do crime à economia, possam por em “xeque” toda a segurança do sistema, desestabilizando-o. Tais condutas, aliás, poderiam impedir o próprio desenvolvimento econômico de um país, visto que seriam formas de desarticular o interesse de investimento em determinada região por parte dos detentores do capital.³⁴

A jurisprudência nacional, notadamente do Supremo Tribunal Federal, enxerga o crime como pluriofensivo, entendendo que a

Capitales. Madrid: CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005.

32. PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Lavagem de Dinheiro: A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 49.

33. DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Campinas: Millenium, 2008. p. 33.

34. PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Lavagem de Dinheiro: A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80-83.

conduta ataca a ordem econômica, mas também a administração da justiça³⁵.

Atualmente, a discussão sobre as condutas de branqueamento de capitais estão em outro patamar. O que se discute hoje, em doutrina, refere-se às pessoas que podem praticar o delito, bem como sobre quais atividades recairia a proibição do tipo penal³⁶, principalmente em virtude do artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/9837. Nesta seara, ganha importante destaque a atuação do advogado.

2 DOS SUJEITOS DO CRIME

O sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro é comum, a lei não exige dele nenhuma qualidade em especial. Aliás, como bem ressalta José Paulo Baltazar Junior³⁸, pode ser sujeito ativo do crime até mesmo aquele que praticou o delito antecedente,

35. INQUÉRITO. QUESTÃO DE ORDEM. APREENSÃO DE NUMERÁRIO, TRANSPORTADO EM MALAS. COMPROVAÇÃO DE NOTAS SERIADAS E OUTRAS FALSAS. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98 (LEI ANTILAVAGEM). PEDIDO DE LEVANTAMENTO DO DINHEIRO BLOQUEADO, MEDIANTE CAUCIONAMENTO DE BENS IMÓVEIS QUE NÃO GUARDAM NENHUMA RELAÇÃO COM OS EPISÓDIOS EM APURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, À FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Nos termos do art. 4º da Lei Antilavagem, somente podem ser indisponibilizados bens, direitos ou valores sob fundada suspeição de guardarem vinculação com o delito de lavagem de capitais. [...]. A precípua finalidade das medidas acautelatórias que se decretam em procedimentos penais pela suposta prática dos crimes de lavagem de capitais está em inibir a própria continuidade da conduta delitiva, tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro consiste em introduzir na economia formal valores, bens ou direitos que provenham, direta ou indiretamente, de crimes antecedentes (incisos I a VIII do art. 1º da Lei nº 9.613/98). Daí que a apreensão de valores em espécie tenha a serventia de facilitar o desvendamento da respectiva origem e ainda evitar que esse dinheiro em espécie entre em efetiva circulação, retroalimentando a suposta ciranda da delitividade. Doutrina. Se o crime de lavagem de dinheiro é uma conduta que lesiona as ordens econômica e financeira e que prejudica a administração da justiça; se o numerário objeto do crime em foco somente pode ser usufruído pela sua inserção no meio circulante; e se a constrição que a Lei Antilavagem franqueia é de molde a impedir tal inserção retroalimentadora de ilícitos, além de possibilitar uma mais desembaraçada investigação quanto à procedência das coisas, então é de se indeferir a pretendida substituição, por imóveis, do numerário apreendido [...]. (Inq 2248 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2006, DJ 20-10-2006 PP-00049 EMENT VOL-02252-01 PP-00093 RTJ VOL-00200-01 PP-00041)
36. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101.
37. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: [...] I - utiliza, na Aatividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal
38. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 8. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

não se aplicando o raciocínio utilizado na construção do delito de favorecimento real, por exemplo – principalmente se considerarmos que o bem jurídico tutelado, diretamente, é a ordem econômica.

Ainda, é possível vislumbrar-se eventual co-autoria ou participação. O caso do “laranja”, por exemplo, estaria abarcado pelo delito de lavagem de dinheiro. O importante aqui é observar a existência de dolo com relação ao crime antecedente por parte daquele que, de alguma forma, contribui para a concretização do delito.

No que se refere ao sujeito passivo, tem-se que, a princípio seria o Estado ou a coletividade. Este último, a propósito, torna-se mais evidente se pensarmos o crime de branqueamento de capitais como um ataque à ordem econômica.

Questão interessante, no caso do elemento subjetivo dos indivíduos que contribuem para o crime, está na possibilidade ou não de se advogar em prol da aplicação do dolo eventual ao crime de lavagem de dinheiro, principalmente com relação ao delito antecedente, o que colocaria em relevância a posição do advogado como sujeito do crime.

3 A QUESTÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO

Não bastassem as longas ponderações acerca do bem jurídico tutelado e dos sujeitos ativos, a doutrina também se debruça, atualmente, sobre a problemática do elemento subjetivo do tipo penal. A questão tornou-se mais discutida com as alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012.

Adiante, passaremos à análise da Lei de Lavagem de Capitais em seu formato original e após as alterações legislativas que se seguiram.

3.1 A LEI N. 9.613/98 ANTES DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS: A QUESTÃO DO DOLO DIRETO

A redação original da Lei n. 9.613/98, constituída no contexto da segunda geração legislativa do crime de reciclagem de ativos, contemplava em seu bojo um número determinado de crimes

anteriores. Ou seja, antes das alterações legislativas promovidas no ano de 2012, a lei trazia, em seu artigo 1º, um número fechado de condutas que poderiam anteceder o crime de lavagem de dinheiro³⁹.

Ao todo, eram oito condutas criminosas elencadas, sendo elas: i) tráfico ilícito de drogas; ii) terrorismo⁴⁰; iii) contrabando ou tráfico de armas e munições; iv) extorsão mediante sequestro; v) crimes contra a administração pública (como previstos no Código Penal); vi) crimes contra o sistema financeiro nacional; vii) crimes praticados por organizações criminosas; e viii) crimes contra a administração pública estrangeira.

Pois bem.

Segundo a doutrina tradicional, para que se possa vislumbrar a tipicidade dolosa, faz-se necessário que o sujeito tenha consciência e vontade de praticar o verbo núcleo do tipo penal⁴¹, sendo o primeiro elemento, a consciência ou representação, pressuposto do segundo, a vontade⁴². Para Paulo César Busato⁴³, é essencial à configuração do dolo que o sujeito tenha conhecimento dos dados que caracterizam o tipo penal, tanto os descritivos, quanto os normativos. A plena

39. Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003).

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

40. Em 2003, com as alterações promovidas pela Lei nº 10.701, passou-se a considerar também o financiamento do terrorismo como conduta antecedente apta à configurar o crime de lavagem de dinheiro.

41. “[...] o dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. O nosso código fala em dolo no seguinte sentido: ‘quando o agente quis o resultado’ (art. 18, I). Assim sendo, para que um sujeito possa querer algo como, por exemplo, o ‘querer pintar a igreja de Antuérpia’, que havia na conduta de Van Gogh ao pintá-la, ele necessariamente também deve conhecer algo: Van Gogh devia conhecer a igreja da Antuérpia e os meios de que necessitava para pintá-la. Todo querer pressupõe um conhecer”. ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 419.

42. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 314-315.

43. BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 412-414.

compreensão de realização da conduta ativa ou omissiva é, pois, imprescindível à afirmação do dolo. Além disso, torna-se imperioso que o agente queira realizar os elementos componentes da conduta por ele representada, pois a vontade é o ponto nevrálgico no momento em que se diferencia dolo e imprudência.

O dolo, em suma, é a “[...] vontade de ação orientada para a realização de um tipo de delito”.⁴⁴

Dentro desse panorama, as construções doutrinárias anteriores à alteração legislativa não contemplavam outro elemento subjetivo do tipo, senão o dolo direto⁴⁵. O argumento seria o de que o tipo penal exigia que o sujeito conhecesse a origem criminosa dos bens que porventura ocultasse ou dissimulasse a origem, natureza, localização ou disposição. Tornar-se-ia, pois, difícil de imaginar a hipótese em que o sujeito apenas tenha representado a possibilidade de cometimento de crime anterior, máxime quando a própria lei apresentava um rol restritivo de crimes antecedentes. Nesse sentido, aliás, era o posicionamento de Rodolfo Tigre Maia⁴⁶ e de Marco Antonio de Barros⁴⁷.

Em sentido contrário, em trabalho escrito antes do advento da Lei n. 12.683/2012, Sérgio Moro⁴⁸, advogava que o dolo deveria abranger o rol de crimes antecedentes arrolados na legislação. Entretanto, defende em suas ilações que a legislação brasileira nunca

44. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal; parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 269.

45. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

46. “O elemento subjetivo por essência deste tipo penal é o dolo direto, isto é, a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo (ocultar ou dissimular a natureza, origem etc.), com o conhecimento integrante deste e sem exigência de qualquer especial fim de agir. [...] A opção legislativa de enunciar as modalidades de crimes pressupostos, especificando-os no próprio corpo do tipo objetivo, repercute ao nível subjetivo do tipo, tornando mister que o autor atue com a consciência de que o objeto substancial (bens, direitos e valores) originou-se da prática de um dos crimes enumerados no dispositivo”. MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86.

47. “Não é aceitável o argumento que defende a possibilidade de se confirmar o elemento subjetivo com esteio na figura do dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzi-lo). É que as condutas alternativas do tipo penal estão ligadas a intencionalidade de se ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente, ou então, quando se trate de condutas paralelas de colaboração, também se indica a prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores”. BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários artigo por artigo à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 59.

48. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

especificou a necessidade de conhecimento específico do delito antecedente, o que permitiria, já naquela época, a punição do sujeito, a título de dolo eventual, não obstante desconhecer especificamente o crime que antecedeu a conduta de branqueamento de capitais, em virtude da representação de que o objeto da lavagem seja proveniente de alguma atividade criminosa anterior – que também esteja relacionada no rol de crimes antecedentes⁴⁹. Essa construção, aliás, tinha maior razão quando o responsável pela lavagem era “terceirizado”, ou seja, não tinha ligação com o crime antecedente.

Afora entendimentos isolados, fato é que antes das alterações legislativas promovidas na segunda década deste século, a doutrina, em sua grande maioria, posicionava-se contrária a aceitação do dolo eventual nos crimes de branqueamento de capitais, justamente em razão da necessidade de representação do crime antecedente por parte do sujeito da lavagem. Tal entendimento somente começou a perder sua força com o advento da Lei n. 12.683/2012.

3.2 O ADVENTO DA LEI N. 12.683/2012: O DOLO EVENTUAL E A CEGUEIRA DELIBERADA

Em 2012, o legislador brasileiro, na contramão das recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira, ou, em inglês, Financial Action Task Force)⁵⁰, retirou o antigo rol de crimes antecedentes, como trazia redação original da Lei n. 9.613/98. O novo texto legal apresentava o crime de lavagem como a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição,

49. “De todo modo, em vista da existência de catálogo específico de crimes antecedentes, o agente deve acreditar que, pelo menos, está lavando produto de atividade criminal relacionada nos incisos do art. 1.º da Lei n. 9.613/98. Caso o agente realize as condutas típicas do crime de lavagem, ocultando e dissimulando produto de tráfico de entorpecentes, mas acreditando que se tratava de produto de corrupção, o erro de tipo será irrelevante, respondendo o agente da mesma forma por crime de lavagem. Caso, porém, realize a mesma conduta, mas acreditando que se tratava de produto de estelionato, haverá erro de tipo relevante, que excluirá o dolo”. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-61.

50. No ponto de vista do GAFI, as legislações penais referentes ao crime de lavagem de dinheiro deveriam atrelar ao tipo penal, como delito antecedente, unicamente delitos considerados graves pelo respectivo ordenamento jurídico, evitando-se a criminalização desmedida em virtude de branqueamento de ativos provenientes de condutas quase nada lesivas, como contravenções penais. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Note-se que a nova lei não mais exige um rol de crimes antecedentes, aliás, sequer é necessário que a conduta anterior seja considerada um crime, bastando apenas que seja possível configurá-la como infração penal, permitindo que a prática anterior de uma contravenção penal possa ser apta à tipificação do crime de branqueamento de capitais. Atos como a ocultação ou dissimulação de bens oriundos da organização de rifa, contravenção penal prevista no artigo 51 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, v.g., autorizam a punição do agente pelo crime de lavagem de ativos, inclusive sendo imperiosa a remessa do feito para processamento e julgamento em varas especializadas em lavagem de dinheiro.⁵¹

Sem desmerecer a discussão relativa à legitimidade de incremento do tipo penal por todo tipo de infração penal, que destacamos a título de curiosidade, o que importa observar aqui é a retirada do fundamento trazido pela doutrina penal afinada com a redação vetusta do artigo 1º da Lei n. 9.613/98. É de se lembrar que o ponto chave na discussão até então presente acerca do elemento subjetivo do tipo de lavagem de dinheiro estava na previsão dos crimes antecedentes. Os trabalhos anteriores ao ano de 2012, com exceção de Sérgio Moro, como destacamos alhures, não vislumbravam a possibilidade de se afirmar o elemento subjetivo do tipo quando o agente desconhecesse o crime anterior do qual se originou o ativo objeto de branqueamento. Além disso, poucas vozes advogavam em prol da aplicabilidade do dolo eventual nos casos anteriores à Lei n. 12.683/2012.

Contudo, a “moeda virou” após a concretização das alterações legislativas.

O dolo eventual deriva da assunção do risco de produzir um resultado. Segundo as lições do saudoso professor Heleno Cláudio Fragoso⁵²: “Assumir o risco significa prever o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência”.

51. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 82.

52. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 173.

A ocorrência do delito aparece ao sujeito como algo possível, ou eventual, porém este consente com a situação. Se pode falar em dolo eventual quando o sujeito possui conhecimento suficiente da capacidade concreta que sua conduta tem de causar um resultado além do risco permitido somado à conformação com a conduta capaz de produzir tal destino.⁵³

O dolo eventual “[...] não se consubstancia pela mera possibilidade, probabilidade ou necessidade do resultado, mas por uma representação dessa possibilidade somada a uma atitude do sujeito diante dessa representação”.⁵⁴

Transferindo esse pensamento ao artigo 1º da Lei n. 9.613/98, em sua redação original, fica difícil imaginar a possibilidade de o sujeito representar que sua conduta tenha capacidade concreta para consumir a lavagem de ativos e ocultar ou dissimular a origem, natureza, localização, disposição, movimento ou propriedade dos ativos oriundos do crime antecedentes previsto na legislação⁵⁵. É válido imaginar o caso do corretor que recebe grandes quantias de dinheiro em espécie para que invista no mercado de ações em nome de pessoa desempregada há muitos anos, mas que teve um período razoável de trabalho formalmente registrado – porém não o suficiente para juntar uma grande fortuna.

Qual a origem do dinheiro? Seria possível se falar em crime de lavagem de dinheiro nos termos da legislação anterior?

Acreditamos que não, justamente porque não se pode precisar a real origem do dinheiro, ainda que se possa, num exercício de dedução, desconfiar de atividade criminosa anterior. Ressalte-se que a mera quebra de um dever de cuidado não é suficiente para configurar o crime, pois o mesmo não admite forma culposa.⁵⁶

53. MIR PUIG, Santiago. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220-221.

54. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal; parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 274

55. A conduta do sujeito deve estar direcionada à ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade dos bens provenientes dos crimes enumerados na lei de lavagem, o que significa, em princípio, que só é possível o dolo direto nestas condutas. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

56. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

Entretanto, o raciocínio pode ser aplicado de forma completamente contrária quando estamos diante da redação atual do artigo 1º da Lei de lavagem.

A nova lei retirou o rol de crimes antecedentes, substituindo-o pela expressão infração penal. Passou-se a exigir, então, que a origem do objeto da lavagem seja um crime ou contravenção penal, não sendo relevante qual seja ela. Com efeito, o principal fundamento de afastamento da figura do dolo eventual não subsiste. Se o objeto da lavagem tivesse origem em uma conduta anterior de tráfico ilícito de drogas ou em um furto simples, o resultado continuaria sendo o crime de branqueamento de capitais, como já exposto. A representação sobre o rol de crimes antecedentes não mais incidia na análise da tipicidade.

Logo, poder-se-ia pensar que o fato do sujeito desconfiar que sua conduta é apta a ocultar bens provenientes de um crime de tráfico ou da contravenção de “jogo do bicho” são igualmente suficientes para configuração do tipo penal. O importante aqui é que saiba a provável origem criminosa. Inclusive, essa posição caminha mais além do proposto por Sérgio Moro (2010, p. 58), que exigia a necessidade de que a representação fosse sobre qualquer um dos crimes arrolados na lei, caso contrário estar-se-ia diante de erro de tipo.

Em sentido contrário, Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró⁵⁷, entendem que não é sistematicamente adequada a aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, mesmo após as alterações legislativas. No entender dos referidos autores, o dolo eventual somente é possível quando a lei expressamente o prevê. A partir do artigo 130, 180, § 1º e 316, § 1º, todos do Código Penal Brasileiro, os autores consignam que o legislador penal, quando intencionou a hipótese do dolo eventual, deixou clara a possibilidade de conhecimento eventual do estado anterior necessário à configuração típica⁵⁸.

57. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 95-96.

58. “O tipo penal de lavagem previsto no caput do art. 1º, também menciona uma condicionante anterior – a existência de uma infração penal antecedente – mas não indica a expressão ‘devendo saber’, como fazem os outros tipos penais apontados. A ausência dessa menção expressa ao dolo eventual aponta para a impropriedade desta modalidade.

Entendemos que a posição adotada pelos eminentes professores paulistas não pode prosperar, justamente porque a lei penal prevê, no artigo 18 do Código Penal, a possibilidade do dolo eventual, de forma genérica, a todos os crimes. Parece-nos que o raciocínio deve ser visto de modo contrário. Quando o legislador quis restringir o tipo ao dolo direto, colocou na própria redação do tipo penal elementos para tanto, como a expressão “sabe(m)”, ou delimitou os estados anteriores, essenciais à configuração típica, de tal forma que o raciocínio do dolo eventual restasse fragilizado, como fez com a redação original do artigo 1º da Lei n. 9.613/98. Um exemplo disso está na figurada equiparada ao crime de lavagem de dinheiro, prevista no artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, em sua redação, que fez questão de mencionar a expressão “que sabem serem” para o fim de afastar o dolo eventual.

A discussão acerca da possibilidade do dolo eventual nos delitos de lavagem, aliás, subsidiou parte das discussões travadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Ação Penal n. 470, popularmente conhecido como caso do “mensalão”.

Segundo o entendimento do Pretório Excelso, a elevada probabilidade da procedência criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos milita em favor do reconhecimento do dolo eventual no delito de lavagem. A não aceitação do crime de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual, nos termos do acórdão, seria o mesmo que admitir a ocorrência do delito em sua forma mais grave – por meio de profissionais especializados ou “terceirizados”. Além disso, os Ministros ressaltaram que o *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem não exige elemento subjetivo especial, o que afastaria a necessidade de conhecimento específico da procedência criminosa dos bens, direitos ou valores⁵⁹. No voto do relator Ministro Joaquim Barbosa,

O mesmo ocorre nos crimes de favorecimento real (art. 349 do CP), onde o tipo não afasta expressamente o dolo eventual, mas não parece admissível sua existência”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

59. “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” (fls. 52887). (STF - AP

a análise do dolo eventual teria mais importância nos casos em que o agente, além de praticar condutas de ocultação ou dissimulação, tenha ciência da probabilidade da origem criminosa do objeto e que, mesmo após tal ciência, evite aprofundar seu conhecimento acerca dessa origem, evitando, assim, deliberadamente, ter acesso a real informação.

O ponto de destaque nos votos que embasaram o acórdão foi a discussão acerca da “teoria da cegueira deliberada”, tema sob o qual trataremos a seguir.

3.2.1 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A AFIRMAÇÃO DO DOLO EVENTUAL

A teoria da cegueira deliberada tem como função primordial resolver o problema envolvendo o indivíduo que tinha condições de descobrir a origem ilícita dos ativos ocultados ou dissimulados, mas, visando escudar-se de eventual persecução penal, deliberadamente se coloca em estado de ignorância, buscando atrair o estado de erro da sua conduta e transformá-la em indiferente penal.

A origem dessa teoria remonta ao Direito Anglo-Saxão ou ao Direito Estadunidense, o que pode variar conforme o autor adotado ou o precedente usado como base histórica do conceito⁶⁰. Aqueles que enxergam o instituto como originado no Direito Inglês têm por sua base precedente da metade do século XIX, especificamente do ano de 1861, que é o caso *Regina VS. Sleep*.⁶¹

No caso julgado pela corte inglesa, um comerciante de ferro, conhecido por *Sleep*, embarcou num navio portando inúmeros parafusos de cobre que continham a marca do governo britânico, elemento esse que devia ser de conhecimento do indivíduo para configurar o crime. O resultado disso foi uma acusação por desvio de

470 – Plenário – Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013)

60. Pode-se, inclusive, afirmar a origem do instituto em precedentes do direito canônico, ainda no período medieval, como é o caso da ignorantia affectata, citada muitas vezes pelo professor Assis Toledo. Não obstante isso, a doutrina e a jurisprudência brasileira utilizam a teoria com base nas construções estadunidenses, aplicando o raciocínio utilizado ali para embasar a aplicação do dolo eventual nas condutas de lavagem de dinheiro.

61. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

bens públicos contra *Sleep (violation of the Embezzlement of Public Stores Act)*⁶². Em passagens do julgamento, como expõe o trabalho de Ira P. Robbins, o juiz responsável, chamado Wiles, anulou a condenação do réu em virtude de o júri não ter encontrado indícios de que o *Sleep* conhecia a fonte dos bens, como propriedade governamental, ou que ele dolosamente absteve-se de adquirir esse conhecimento⁶³. Note-se que o precedente inglês menciona a possibilidade de se adotar a cegueira deliberada como fundamento condenatório.

Sérgio Moro⁶⁴ aponta o caso *Spurr VS. USA*, de 1899, como *leading case* da teoria da cegueira deliberada no Direito Norte-Americano. Porém foi somente na década 70, com os casos *Turner VS. United States* e *United States VS. Jewell*, que a justiça estadunidense passou a adotar o instituto nos casos envolvendo o tráfico ilícito de entorpecentes. Em ambos os precedentes, a corte entendeu que o indivíduo que desconfia da alta probabilidade da existência de um delito, mas mesmo assim não adota condutas com o fim de apurar tal realidade, deve ser tratado da mesma forma que aquele que tinha conhecimento e certeza sobre a existência do mesmo⁶⁵.

No âmbito do Direito Brasileiro, a teoria da cegueira deliberada teve seu precedente histórico ligado ao famoso caso do “assalto ao Banco Central”, ocorrido no município de Fortaleza, Ceará⁶⁶, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região antes mesmo do advento da Lei nº 12.683/2012 – fato que inclusive permitiu a absolvição de parte dos réus⁶⁷.

62. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 191-234, 1990. p. 234.

63. “In quashing the conviction stated that the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [as government property], or that he willful abstained from acquiring that knowledge”. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 191-234, 1990.

64. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

65. “those who traffic in heroin will inevitably become aware that the product they deal in is smuggled, unless they practice a studied ignorance to which they are not entitled”. ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 191-234, 1990.

66. PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 8, p. 637-675, 2014. p. 653.

67. “[...] Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida,

Pois bem.

Por meio da teoria da cegueira, permite-se a responsabilização do agente que propositalmente, ou deliberadamente, colocou-se em posição de ignorância com relação aos elementos objetivos do tipo que configuram o delito. É aquela situação pela qual o sujeito pode e deve conhecer os elementos do tipo, mas opta pela ignorância, com o fim de se furtar da responsabilização penal⁶⁸. Essa concepção teórica também é, recorrentemente, conhecida como “doutrina das instruções do avestruz”, pois o sujeito, assim como o animal, age de maneira deliberada no sentido de “enterrar sua cabeça na areia para não ver a luz do sol”.⁶⁹

Sobre esse tema, merecem destaque as explicações de Ramon Ragués i Vallès⁷⁰:

La doctrina de la ignorancia deliberada proviene del Derecho penal angloamericano, donde se la conoce desde hace más de un siglo como la “teoría de la willful blindness” (literalmente, “ceguera intencionada”). En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia

beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARÁGRAFO 2.º”. (PROCESSO: 200581000145860, ACR5520/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 09/09/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 22/10/2008 - Página 207)

68. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.
69. MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. Revista da EMERJ, v. 17, n. 64, p. 164-186, 2014. p. 164-186.
70. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 3, p. 553, 2008. p. 533.

No entanto, o próprio Ragués i Vallès pontua limites à aplicação da teoria, devendo-se observar, antes de tudo, a presença concreta de três requisitos essenciais à responsabilização do agente.

Em primeiro lugar, o indivíduo deve desconfiar ou suspeitar de que sua conduta concorre com a atividade de lavagem de dinheiro – o sujeito não prevê a concorrência de sua conduta, mas o faz de forma deliberada, voluntária –; em segundo lugar, tal informação deve se mostrar disponível ao agente, o que significa dizer que os indícios da prática delitiva estavam ao alcance do sujeito (pois caso fosse exigido um grande esforço de investigação preliminar, o sujeito somente poderia ser responsabilizado se na condição de garante estivesse); e, por último, o indivíduo deve ter o propósito de permanecer, manter-se, em estado de ignorância, com o fim de blindar-se de eventual responsabilidade penal.⁷¹

Note-se que o problema da teoria da cegueira deliberada toca diretamente na questão do dolo eventual, pois permite a punição de condutas, em tese, neutras, mas cujo conteúdo poderia ter sido apreendido pelo sujeito, que apenas não o fez com a finalidade de se escusar da responsabilidade penal. Trata-se da representação da possibilidade de que a conduta perpetrada culmine na lavagem de capitais somada à indiferença do sujeito quanto a isso. Ao indivíduo era possível, sem maiores trabalhos investigativos, apurar a origem ilícita dos bens, mas preferiu não o fazer em razão da forte desconfiança de sua origem ilícita.

A grande crítica que se faz à aplicação da teoria está na sua origem. Como dito alhures, a gênese da cegueira deliberada está na common law, na qual a responsabilização não tem preocupação com a exata delimitação do elemento subjetivo do tipo, se dolo eventual ou culpa consciente. Segundo André Callegari e Ariel Weber, a previsão feita pela lei penal brasileira de diversas modalidades de responsabilização subjetiva exige um maior cuidado na hora de se fazer o “transplante” de categorias teóricas do direito estrangeiro. A aplicação de tal concepção dentro de um sistema no qual ainda

71. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, p. 553, 2008. p. 142-143.

se discutem as diferenças entre dolo eventual e culpa consciente poderia ocasionar verdadeira afronta à segurança jurídica⁷².

Segundo Christian Laufer e Robson Galvão⁷³, a lei não obriga que o indivíduo investigue a origem dos ativos, o que, por si só, já tornaria problemática a aplicação da teoria no ordenamento jurídico penal brasileiro. Além disso, a existência de fortes indícios da origem criminosa dos bens, todos presentes no intelecto do agente, é suficiente para configurar o dolo eventual, sem a necessidade de aplicação da teoria. “Porém, na ausência desses sérios indícios, não há dolo, pelo simples fato de que o conhecimento exigível para a configuração de qualquer espécie dolosa deve ser sempre atual, e não potencial”⁷⁴, sobretudo no âmbito de um Direito Penal no qual vigora o princípio da culpabilidade.

De nossa parte, não vemos a impossibilidade de reconhecimento do dolo eventual e tampouco da aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de ativos. Contudo, necessário se faz, e muito, que sejam observados, estritamente, os limites elencados anteriormente, os quais se baseiam em três requisitos, justamente visando impedir uma ampliação desmedida e temerária da responsabilidade penal.

3.2.2 O PROBLEMA DA CONDUTA EQUIPARADA E O PAPEL DO ADVOGADO

A partir da nova redação legislativa, notadamente do artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, a doutrina permitiu reconhecer a prática do crime a título de dolo eventual na conduta equiparada, prevista na legislação de lavagem, justamente porque esse dispositivo retirou qualquer exigência de pleno conhecimento da origem criminosa dos ativos a serem reciclados. Tal dispositivo legal ganha

72. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96-97.

73. LAUFER, Christian; GALVÃO, Robson. A cegueira deliberada na lava- jato. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>> Acesso em: 09 dez. 2015.

74. LAUFER, Christian; GALVÃO, Robson. A cegueira deliberada na lava- jato. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>> Acesso em: 09 dez. 2015

notória importância quando tratamos do papel do advogado em frente ao crime de lavagem de dinheiro.

Neste caso, especificamente do 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, a análise recai sobre a atividade de advocacia contenciosa⁷⁵, na qual o patrono é remunerado com dinheiro ou bens de origem criminosa.

Segundo o tipo penal, equipara-se à conduta de lavagem de dinheiro prevista no caput a conduta de utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Aqui, observa-se, o legislador pretendeu agir contra a terceira fase do crime de lavagem, qual seja: a integração dos ativos na atividade econômica lícita⁷⁶. A redação do tipo, ao contrário do caput, não traz em seu bojo os termos “ocultar” ou “dissimular”, mas apenas “utilizar”. O problema está em saber se a mera utilização é suficiente para a configuração do crime.

Sérgio Moro⁷⁷, pontua que a lei quis criminalizar a simples utilização dos ativos provenientes da lavagem de dinheiro. Tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro tem como seu ponto de proteção a ordem econômica, a vedação do uso do patrimônio ilícito em atividade econômica é crucial para a preservação da concorrência leal e igualitária. Essa interpretação ganha mais força se for levada em consideração a exposição de motivos da Lei nº 9.613/9878.

75. Não trataremos da advocacia consultiva, pois a criminalização do advogado que opera como “lavador”, ou seja, como responsável pela lavagem dos ativos, está prevista no inciso II do mesmo 1º, § 2º, da Lei n. 9.613/98. Tampouco abordaremos a advocacia preventiva, pois evidente está que a prevenção só existe antes da ocorrência de qualquer conduta, logo não há que se falar em crime algum. Muito ao contrário disso.

76. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 111.

77. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43-44.

78. “O projeto também criminaliza a utilização, “na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes... (art. 1º, § 2º, I). Neste caso, a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, uma vez que o agente saiba de tal origem, caracteriza a prática do ilícito. Tal hipótese o projeto buscou no direito francês (art. 324-1, 2ª alínea, introduzida pela Lei no 96-392, de 1996)”. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>> Acesso em: 09 dez. 2015.

Dentro dessa lógica, o recebimento de honorários ditos “maculados” por advogado pode se revestir como uma conduta apta à configuração do delito de lavagem de dinheiro e, por conseguinte, fundamentar a punição do causídico. Com a edição da Lei nº 12.683/2012, o papel do advogado tornou-se mais problemático.

Até então, a lei penal brasileira exigia do agente a “sabiendas”⁷⁹, assim como o Direito Penal espanhol. Após a alteração do artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, que contemplou a supressão de algumas palavras, a doutrina militou em favor do reconhecimento da possibilidade de aplicação do tipo a título de dolo eventual. A supressão efetuada no tipo equiparado de lavagem de dinheiro retirou da redação do artigo a expressão “que sabe serem”. Ou seja, a antiga redação que dizia “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores **que sabe serem** provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” passou a ser tão somente “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”⁸⁰. Com isso, o exato conhecimento da origem dos bens deixou de figurar como elemento do tipo e a expressa restrição quanto ao dolo eventual caiu por terra. É nesse ponto, aliás, que podemos vislumbrar o campo aberto à aplicação da teoria da cegueira deliberada.

A novel legislação alçou o advogado a um novo papel dentro do crime de lavagem de dinheiro e essa nova posição tem causado diversos “desconfortos”, pois amplia sobremaneira a punição a título de reciclagem de capitais.

Para André Callegari e Ariel Barazzetti, o advogado cumpre importante função no âmbito constitucional, visto que é ele o responsável por assegurar os princípios mais caros do processo penal, como a ampla defesa e o contraditório. A assistência por um advogado é direito fundamental do réu e a questão dos honorários se resolve dentro do plano constitucional, com base na indispensabilidade do patrono e do livre exercício da advocacia.

79. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

80. BRASIL, Lei no 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais e ciente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 26 set. 2015.

Por outro lado, os autores deixam claro que a proteção não recai sobre o advogado que atua como “lavador”⁸¹, pois aí é evidente sua atividade criminosa.

O mesmo posicionamento adota Rodrigo Sánchez Rios⁸², *in verbis*:

Para os casos de efetivo exercício da profissão dentro do risco permitido, em que se atesta a inexistência de conexão com o delito antecedente, isto é, no recebimento de honorários maculados em função do serviço prestado pela defesa técnica, não se afigura dimensão de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma em decorrência dessa atividade profissional (quer seja a Administração da Justiça, quer seja a ordem socioeconômica), ao não se identificar, aí, qualquer sentido delitivo na conduta. Estar-se-ia diante de condutas socialmente adequadas, comportamentos neutros impeditivos da imputação objetiva do resultado. De uma atividade adequada socialmente, não pode derivar-se uma conduta típica de branqueamento. Nas atividades dos profissionais, apenas se pode cogitar de conduta delitiva quando se constate solidariedade com o injusto alheio, no caso, com fins de lavagem.

De nossa parte, não retiramos a razão dos autores, mas cremos que o raciocínio utilizado só tem grande valia se pensarmos nos casos em que o cliente é pessoa notoriamente reconhecida no mundo econômico, ou, ainda, pratique atividade econômica que lhe permita receber altas somas em dinheiro. Aqui temos uma confusão entre o patrimônio lícito, oriundo de atividade lucrativa, e ilícito, proveniente de infração penal. Exigir do advogado, nesses casos, um amplo trabalho de separação patrimonial ou de rastreio de bens, v.g., não só inviabiliza a sua atividade, como impossibilita a própria aplicabilidade da cegueira deliberada, pois vai além de um dos seus limites – a informação deve se mostrar disponível ao agente, o que significa dizer que os indícios da prática delitiva deviam estar ao alcance do sujeito.

81. CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 117.

82. RIOS, Rodrigo Sánchez. Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

Tal ressalva, entretanto, não pode ser vista como preceito absoluto, especialmente quando se trata de réu que não pratique atividade econômica lícita. Nesse caso sequer há de se falar no risco permitido da atividade, principalmente se levarmos em conta que a lavagem de dinheiro é praticada por grupos criminosos, como mafiosos e narcotraficantes, muitos dos quais sequer exerceram outra atividade na vida senão o crime. Embora a lei autorize a atividade do advogado de maneira livre e indispensável, não buscou, com isso, inserir uma cláusula absolutória, permitindo ao advogado receber como pagamento qualquer ativo ou bem maculado em sua origem, reinserindo-os na economia lícita. Ainda, vista a questão sob o prisma do bem jurídico tutelado, há sim violação ao mesmo, pois o ato de receber honorários maculados é uma atividade de integração dos ativos na economia e, por isso mesmo, é criminalizada pela lei nº 9.613/98.

A atuação para “empresas criminosas” e “profissionais do crime”, não tem como se configurar em risco permitido. A informação da origem dos bens está à disposição do agente e não demanda maiores apurações.

Ademais, não se pode falar em violação ao direito de escolha do defensor. Ao réu é permitido optar pelo defensor que entender adequado, mas essa prerrogativa tem sua limitação na sua capacidade financeira por meio de atividade econômica lícita. É justamente para isso que a Constituição prevê a figura do defensor público, cuja finalidade é assegurar defesa adequada a quem não pode arcar com os altos custos da advocacia privada.

Desta feita, entendemos pela possibilidade de responsabilização penal do advogado que possui condições de aferir a origem criminosa dos honorários, mas prefere manter-se deliberadamente em posição de ignorância, visando atrair o estado de erro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao falarmos do Direito Penal da Pós-modernidade, não podemos realizar uma análise desvinculada dos novos parâmetros de proteção que surgiram com a evolução social e doutrinária. O Direito Penal do novo milênio, muito mais amplo e aberto às

discussões do que seu predecessor do século passado, tem como seu paradigma um âmbito de atuação extremamente problemático, senão muito mais ligado ao Direito Administrativo do que propriamente aos velhos parâmetros do vetusto Direito Penal Liberal. O Direito Penal da Pós-Modernidade reveste-se, muito mais, como um gestor de setores do que propriamente um defensor de bens individuais, assim como o ordenamento jurídico administrativo.

Um dos fenômenos decorrentes da “administrativização” do Direito Penal reside na Lavagem de Dinheiro – um delito que, por si só, não ofende à ordem econômica, mas se reiteradamente praticado, tende a ocasionar sérios prejuízos ao funcionamento do sistema econômico. Aliás, o principal objetivo do tipo penal está em combater a reinserção de ativos ilícitos na economia lícita. É nessa toada que se destaca o papel do advogado.

Sem desconsiderar sua crucial importância à estabilidade e defesa do sistema constitucional de garantias fundamentais, não se pode perder de vista o potencial lesivo que a atividade advocatícia desvinculada da ética e responsabilidade social pode ocasionar. O recebimento de honorários advocatícios maculados não pode ser fomentada, tampouco vista como um indiferente penal. O recebimento da remuneração oriunda do crime se amolda perfeitamente àquela lesão que o tipo penal visa evitar, a reintegração na economia lícita dos ativos maculados.

Obviamente que a responsabilização penal não pode se pautar em premissas temerárias. Somente pode-se vislumbrar a conduta criminoso do causídico em casos nos quais o mesmo tendo conhecimento da provável origem dos bens, consente com isso, ou melhor, deliberadamente fecha seus olhos, no intuito de escudar-se de posterior responsabilidade penal. A teoria da cegueira deliberada ganha contornos de destaque nessas hipóteses.

Sem embargo de casos limítrofes, notadamente quando há confusão entre o patrimônio lícito e ilícito do assistido, o direito não pode recuar diante do injusto e não pode ver com indiferença os casos claros de prestação de serviços às “empresas criminosas”, sob pena de forte desequilíbrio no sistema penal de proteção de bens jurídicos.

Por isso mesmo, temos como perfeitamente possível o uso da teoria da cegueira deliberada como mecanismo de afirmação da responsabilidade penal do advogado que recebe honorários maculados.

REFERÊNCIAS

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

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários artigo por artigo à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jul. 2012.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 26 set. 2015.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014.

COBO, Manuel; LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos Zabala. Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea): (estudio doctrinal, legislativo

y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005.

COLO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GOMES, Carlos. Blanqueo de Capitales. Madrid: CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LARA, Alysson F. J.; GOIS, Marcio Cristiano. A amplitude do bem jurídico no delito de lavagem de capitais e a consequente dificuldade de identificar o seu momento consumativo. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31, p. 245-264, 2013.

LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2012.

_____; GALVÃO, Robson. A cegueira deliberada na lava-jato. *Empório do Direito*, 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>> Acesso em: 09 dez. 2015.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*, v. 17, n. 64, p. 164-186, 2014.

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

MIR PUIG, Santiago. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORTIGARA, Marina Fernandes; GUARAGNI, Fábio André. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 34, p. 312-357, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal; parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 8, p. 637-675, 2014.

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

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, p. 553, 2008.

_____. La ignorância deliberada en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 191-234, 1990.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei n. 9.613 de 1988: primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 889-910, 2007

ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPÍTULO VIII

A SOCIOLOGIA DO RISCO COMO SUPORTE POLÍTICO CRIMINAL DOS DELITOS CULPOSOS E SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

MICHELLE GIRONDA CABRERA

Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba. Professora de Direito Processual Penal na Faculdade de Pinhais.

1 SOCIEDADE DE RISCO

Um dos grandes contributos da sociologia recente, conferindo novas tarefas ao direito penal, deu-se no âmbito da sociologia do risco, que trouxe à tona a característica da modernidade atual de se ocupar dos riscos procedentes do manejo humano de tecnologias. Este novo modelo de sociedade é matéria de estudo de diversos sociólogos, atribuindo-se a denominação “sociedade de risco”¹ ao sociólogo alemão Ulrich Beck.

A história do risco, assim como a história do medo – que com aquela vem enganchada -, não é algo que possa ser considerado novo. As coletividades e todas as próprias civilizações - a despeito de serem mais ou menos modernas, ou mais ou menos esclarecidas – estão comprometidas em um diálogo permanente com o medo.² Afirmar, entretanto, que toda civilização seja um longa luta contra o medo é afirmação demasiado simplista. Decerto, existem alguns

1. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: SigloVeintiuno de España Editores, 2002.

2. DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300 – 1800: uma cidade sitiada*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 12.

sinais, nas sociedades modernas, indicativos do aumento da preocupação em torno de alguns riscos, particularmente quando se verifica que, destes riscos, originaram-se desastres e catástrofes de grande potência e de severas consequências.

Beck conceitua o risco como consequência de uma decisão humana racionalmente tomada no manejo das tecnologias, decisão esta que se direciona a uma vantagem ou oportunidade técnico-econômica.³ Para Dean, entretanto, o risco, na modernidade, vem se aproximando, sorrateiramente, do conceito de perigo, na medida em que, em certas circunstâncias, o risco pode ser visto como um *continuum* e, neste sentido, nunca desaparece completamente.⁴

Beck delineou a história da modernidade recente em, ao menos, duas fases: (i) a primeira modernidade, também chamada de modernização simples, aquela modernidade característica do período industrial clássico e (ii) a segunda modernidade, também chamada de modernização reflexiva, caracterizada pela sociedade de riscos e fruto das vitórias obtidas na primeira modernidade.⁵

A primeira modernidade, iniciada logo após o fim da Idade Média e ecoada pela ascensão burguesa no Iluminismo, é caracterizada pela derrocada do teocentrismo e a consequente ascensão do homem ao palco social dos acontecimentos. É uma fase que viu eclodir a chamada “boa sociedade”, uma sociedade compreendida por pessoas que dispunham de dinheiro, certo *status* e que foram liberadas, até certo ponto, do extenuante fardo do trabalho. Vigorava, ao menos no mundo ocidental, uma sociedade constituída a partir de uma rede de interdependência funcional, cujos detalhes da vida cotidiana levaram a uma mudança de perspectiva social, processo que levou Norbert Elias a teorizar a respeito da ideia de *civilização*.⁶ Observa Norbert Elias, ademais, que a noção de civilização expressa uma cadeia de lentas transformações dos padrões sociais, tratando-

3. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 78.

4. DEAN, Mitchell. Risk, calculable and incalculable In: Risk and Sociocultural Theory: new directions and perspectives. Deborah Lupton. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 147.

5. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 231.

6. ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. V.1. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 1994.

se de um processo pouco linear, mas impreciso e descontinuado.⁷ O que, de fato, se corrobora quando se compreende que as questões mundanas são cambiáveis e inconstantes, por si só.

Desde então, mudou-se o modo de viver nas sociedades e a razão técnico-científica de cunho cartesiano projetou um senso de confiança e de verdade absoluta nos experimentos oriundos das ciências. Aquela nova sociedade viu-se fascinada pelo exibicionismo industrial, em fins do século XIX. Em outras palavras, “o homem autoexaltava a capacidade inventiva.”⁸

Durante quase um século, o homem, impulsionado pelas inovações industriais e tomado pelo sentimento (individualista) de domínio da natureza e aproveitamento de tudo que ela pudesse lhe fornecer, não se dera conta da potência letal destes instrumentos tecnológicos. O uso desenfreado dos meios para atingir fins de puro exibicionismo e consumismo, ápice da premissa antropocentrista moderna, assistiu, enfim, as forças produtivas perderem sua inocência.⁹ Desde a ameaça coletiva da saúde humana (recorde-se o impacto do amianto, fibra extraída de uma rocha e utilizada na mineração em virtude de sua durabilidade e resistência), passando pela chamada “revolução verde” (movimento ecológico tendente a coibir o desmatamento da Amazônia e da Mata Atlântica), e as catástrofes de Chernobyl, há diversos exemplos que confirmam a constatação de que desde o ascenso da ciência moderna, cujo espírito é expresso na filosofia cartesiana, o quadro conceitual tem estado inseguro.

A efemeridade das coisas mundanas, e a relação de confiança, então, contribuíram com a “lógica” da produção de riqueza, em prol de uma “lógica” de produção de riscos.¹⁰ Na sociedade de riscos, característica de uma segunda modernidade, essa lógica se inverte. Deve-se ter em mente que não é a crise, mas a vitória, da sociedade industrial que acaba por ocasionar sua (auto)destruição.

7. ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. V.2. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 1993, p. 193.

8. GUARAGNI, Fábio André. A função do direito penal e os “sistemas peritos”. In: Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e direito penal. Organização de Luiz Antônio Câmara e Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2011.

9. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 15.

10. Ibidem.

Afinal, não apenas a pobreza, mas também a riqueza crescente, produz conseqüências que abalam todo o mundo. Daí se explica a denominação desta segunda modernidade, de modernidade “reflexiva”. Daí se dizer que os riscos, hoje, são democráticos, pois atingem indistintamente a quem os gerou e a quem os não. Formase um movimento cíclico bem definido, porém pouco perceptível, ainda.

A economia, no contexto da segunda modernidade, ganha papel de destaque, e sua atuação global entra em curso atrelada a uma subpolitização de dimensões impensadas e conseqüências imprevisíveis.¹¹ A partir dos anos 1980, o mundo assiste à crise do próprio sistema de regulação, e vê crescer a intensidade do conflito dentro do campo econômico, o que, mais cedo ou mais tarde, iria resvalar no universo jurídico.

A despeito das críticas em torno do conceito de sociedade de risco, é certo que há riscos (novos e velhos riscos) que, em fins do século XX, são enxergados com outra força, o que tem colocado em xeque a validade do discurso científico pautado na razão como fio condutor do futuro humano.

De fato, a sociedade de que se trata, seja qual for o ângulo de análise, é “global”, expressão que se transformou em conceito mundial através da imprensa econômica de língua inglesa e, em pouquíssimo tempo, proliferou de forma surpreendente.¹² Estes fenômenos, então, trouxeram consigo uma fumaça de incerteza, abalando, inexoravelmente, a desejada segurança jurídica e social.

2 DIREITO PENAL DO RISCO

Se, do ponto de vista objetivo, a sociedade pós-industrial é caracterizada pelo manejo de novos riscos, do ponto de vista subjetivo esta nova ambientação refletiu-se no aumento generalizado da sensação de insegurança. A incerteza a respeito do conhecimento científico e suas conseqüências, que podem atingir a todos indistintamente, intensificou a tomada de consciência

11. BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 15.

12. CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996, p. 23.

dos riscos, podendo-se constatar aquilo que Beck chamou de “irresponsabilidade organizada”.¹³

Num jogo de custo e benefício, toleram-se alguns riscos procedentes das atividades humanas manejadoras das tecnologias para atender às pretensões de conforto e anseios típicos da técnica instrumental da modernidade. Ainda que se questionem os limites da sociedade de risco (e até, sua própria existência, enquanto um novo modelo de sociedade conforme os moldes impostos por Beck), é certo que se discute, nesse novo contexto, a maneira pela qual podem ser distribuídos “os malefícios que acompanham a produção de bens, ou seja, verifica-se a autolimitação desse tipo de desenvolvimento e a necessidade de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e consequências do dano.”¹⁴

É de fácil constatação que os fenômenos já descritos da pós-industrialização possuem natureza econômica, resvalando, pois, no direito penal - que é um produto político e imemorial. Se os fenômenos inerentes à sociedade moderna foram responsáveis por intensificar o sentimento de medo e insegurança generalizada, este sentimento, por sua vez, implicou na intensificação da demanda social por segurança, que, alçada ao âmbito da opinião pública, enxerga no direito penal a principal ferramenta de controle dos riscos. Este novo discurso, não obstante, ingressa no discurso jurídico-penal, ensejando o chamado direito penal do risco.

De fato, o direito penal, apesar de *ultima ratio*, é a ferramenta mais grave de que o Estado dispõe, motivo pelo qual aparece como principal forma de acalantar os anseios sociais¹⁵. Inclusive os próprios críticos da sociedade de risco, como é o caso de Prittwitz

13. BECK, Ulrich. A ciência é a causa dos principais problemas da sociedade industrial. Entrevista concedida a Antoine Reverchon, do “Le Monde”, publicada pelo jornal “Folha de São Paulo” em 20/11/2001.

14. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Organização J. J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131.

15. PRITTWITZ critica a característica do direito penal de ser protagonista de discussões tanto jurídicas, como leigas, e o cita como “o direito penal sobre o qual todos acreditam poder dar opinião – políticos, pessoas da mídia, mas também o homem e a mulher comuns na rua”. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. V.12, n.47, mar./abr. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

– que chega, até a aproximá-lo de um direito penal do inimigo¹⁶ - afirmam sua existência: “como se deve entender direito penal do risco? (...) Sem dúvida trata-se de direito penal do risco quando se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade penal”.¹⁷

O direito penal atual tem se deparado com a séria dificuldade proveniente do clamor intensificado da opinião pública que, insegura, solicita sua atuação. A consequência direta deste fenômeno é sentida na ampliação do campo de atuação do direito penal, mormente no setor socioeconômico: meio ambiente, saúde pública, direitos consumeristas, das empresas, etc. De forma simplificada, tem-se como principais características da expansão do direito penal¹⁸, conforme denominação de Silva Sánchez, as seguintes: aparição de novos bens jurídicos e aumento de valor experimentado por alguns dos já existentes, aparição de novos riscos, difusão e institucionalização da insegurança, configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”, maior identificação social com a vítima, descrédito de outras instâncias de proteção.

Da análise de todas as características e circunstâncias que levam à existência de um direito penal do risco, revela-se, este novo panorama de expansão, como ambiente fértil à proliferação dos crimes econômicos. De fato, é neste palco que surge a discussão da macrocriminalidade, alicerçada na proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como os sistemas financeiro, tributário e ambiental. Nas últimas décadas, aliás, proliferaram leis e normas concernentes ao direito penal econômico, quase sempre através da criação de novos tipos penais incriminadores.¹⁹ Na legislação pátria extravagante, mencionam-se a Lei 7.492/86 (que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei 8.137/90 (que define os crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo), Lei 8.666/93 (que traz crimes em licitação),

16. Idem, p. 32.

17. Idem, pp. 37-38.

18. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

19. CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

Lei 9.605/98 (que aborda os crimes ambientais), Lei 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro), Lei 9983/00 (que aborda os delitos previdenciários), dentre outras.

Reconhece-se, deste modo, uma relação de causa e efeito bem delienada no contexto de sociedade atual: a globalização e pós-industrialização fizeram surgir a sociedade de riscos que, por sua vez, deu ensejo à proliferação de normas incriminadoras no âmbito dos crimes econômicos.

3 DIREITO PENAL ECONÔMICO

Estabelecida a ambientação fértil à proliferação da criminalidade econômica, calha estabelecer alguns critérios conceituais determinantes do chamado direito penal econômico. A primeira grande contribuição à definição dos crimes econômicos foi dada por Edwin Sutherland, em fins dos anos 30, e, para isso, o sociólogo buscou responder a três questões fundamentais: (i) o que é o crime; (ii) quais suas causas e (iii) qual a relação entre o crime e a lei.²⁰

Sutherland rompeu com o pensamento causal-naturalista (fundado na etiologia do crime, própria do início do século XIX), segundo a qual, os menos favorecidos e excluídos socialmente estariam mais propensos à prática de crimes. Sutherland verificou, através de um vasto trabalho de pesquisa, que a criminalidade das classes sociais mais baixas possuíam maior percepção social, tornando menos perceptíveis, os crimes praticados pelos pertencentes aos altos escalões.

Abolia-se a chamada criminologia do delinquente; o “efeito” crime, segundo Sutherland, não possuía como “causa” a qualidade social do agente, mas era resultado do aprendizado adquirido a partir de situações reais enfrentadas pelo agente. Em outras palavras, o comportamento criminoso é aprendido em interação com as outras pessoas, e não herdado, o que se faz concluir quando se observa ou, ao menos quando observou Sutherland, que a pessoa se torna delinquente quando a maioria de suas interações é favorável ao

20. SUTHERLAND, Edwin. White collar crime. The uncut version. London: Yale University Press, 1983, p. 80 e seguintes.

delito. A principal forma de aprendizagem do delito é, afinal, no âmbito de atuação de grupos pessoais privados: no seio de alguns grupos bem definidos, reiteram-se modelos de conduta delitivos.

A partir da obra do sociólogo americano e com a proliferação de interesses supraindividuais tendentes a alertarem a respeito da gravidade dos crimes econômicos, diversas outras definições foram elaboradas. Deve-se, porém, dar prioridade ao conceito, bastante recorrente na doutrina atual, que gira em torno do bem jurídico protegido ante a esta nova criminalidade, qual seja, a ordem econômica. Por este conceito, toda vez que atingida a ordem econômica, tem-se atuante o direito penal econômico. Ainda que, conforme salientado por Martínez-Buján Pérez, quando a doutrina utiliza as expressões “direito penal econômico”, “direito penal socioeconômico”, “direito penal da economia”, ou outras similares, “não pretende referir-se a um direito penal distinto, mas, sim, a uma qualificação fixada sobre a peculiar natureza do objeto que trata de tutelar”²¹.

Há dois paradigmas bastante diversos atuantes no direito penal atual. De um lado, a forma tradicional de criminalidade, com a qual surgiu o direito penal, e que tem servido de base para a dogmática que fora construída até então – um direito penal que compactua com aquilo que Hassemer denominou de “direito penal nuclear”, o clássico direito penal de bens jurídicos individuais e cárioz patrimonialista. De outra banda, tem-se uma nova forma de delito, surgida há, ao menos, 40 anos, e caracterizada pela tutela de bens jurídicos universais, de índole sócioeconômica e, como o próprio Hassemer – ainda que posicionado contrariamente a esta nova modalidade delituosa, assim como o faz a Escola de Frankfurt -, os define: “bens jurídicos que buscam a proteção do bem estar humano, da saúde pública, da capacidade de funcionamento do mercado de capitais, da política estatal de subvenções ou do emprego da informática na economia”²².

Se, por um lado – para os críticos -, é certo que o enquadramento de um crime como delito econômico traz a presunção de que os

21. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general. 3ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 67.

22. HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 88.

princípios tradicionais do direito penal deverão sofrer algum ajuste, por outro, não menos certo, é que devem ter em mente, legislador, órgão julgador e aplicador do direito, que nem todo risco sentido como demandante de contenção penal deve ser aceito, nem tampouco deve se desconhecer as várias fontes de sensação de riscos “fantasmagóricos” (destituídos de possibilidade objetiva de que obtenham concretude²³) e infundados, derivados do anonimato das relações sociais, na ausência de tábuas comuns de valor, na tendência ao individualismo, aspectos que minam as relações de confiança entre os cidadãos e criam a angústia da insegurança.

Como consequência da tutela, por parte do direito penal econômico, de interesses cada vez mais genéricos, antecipam-se as fronteiras da proteção penal, transitando-se do modelo de lesão a bens individuais a um modelo de perigo para bens supraindividuais.²⁴ Para atender às novas demandas, surge um direito penal atuante preventivamente, agindo em momento *ex ante* à concretização do dano ou mesmo de sua própria constatação.

De forma semelhante, e cuja técnica vem, não raras vezes, enganchada na da precaução ou prevenção, tem-se a expansão dos crimes culposos que, neste quadro axiológico, surge como um panorama em que se faz dos delitos praticados mediante imprudência, ou seja, praticados mediante quebra de um dever de cuidado objetivo ou, na melhor locução, mediante condutas que ultrapassam os limites do risco permitido, mecanismo de contenção de riscos advindos de um modelo social nomeadamente complexo e atinente ao intensificado emprego de tecnologias cujas consequências pouco se conhecem.

23. O termo foi utilizado por FÁBIO GUARAGNI: “Sabe-se que o risco, enquanto fato futuro projetado, só existe como imagem cultural, (...) de modo que o risco mundial é, na verdade, a ‘cenificação da realidade do risco mundial’ no plano das nossas mentes. Isto não significa que o risco seja uma espécie de fantasma. É certo que pode se apresentar como fantasmagoria, isto é, destituído de possibilidade objetiva de que contenha concretude. Mas avesso é possível, o risco, enquanto cenificação de tragédias futuras, bem pode guardar plausibilidade sustentada em marcos objetivos.” GUARAGNI, Fábio André. A função do Direito Penal e os “Sistemas Peritos”. In: Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e Direito Penal. Organização Fábio André Guaragni e Luiz Antônio Câmara. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83.

24. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

4 A INTENSIFICAÇÃO DOS CURSOS CAUSAIS

Desde o surgimento das teorias pós-finalistas de cunho funcionalista, no último terço do século passado, muito se discute a respeito do futuro do direito penal nas sociedades pós-modernas. Não é à toa que, na Alemanha, tenha surgido, no meio acadêmico, um tema geral denominado “o direito penal entre o funcionalismo e o pensamento europeu de princípios tradicionais”.²⁵ Tem-se - em pólos bem antagônicos e abstraídas diversas outras posições - de um lado, o individualismo da Escola de Frankfurt, de outro, o normativismo de Jakobs.

A nova criminalidade pós-industrial parece ter criado a polarização entre aquilo que se tem como “direito penal clássico”, pleiteada, sobretudo, pelos radicados em Frankfurt, e o chamado direito penal do risco, surgido em um cenário de expansão do direito penal. A chamada Escola de Frankfurt, atuante desde a década de 1960, e cujos principais representantes são Hassemer, Herzog, Prittwitz e Kargl²⁶, são críticos da sociedade industrial moderna e, com suas críticas, os penalistas desta Escola partidarizam-se pela redução do objeto do direito penal, enfatizando, precipuamente, que o direito penal deve tratar de proteger somente os bens jurídicos que eles chamam de clássicos e que não devem ser relativizadas as regras de imputação e os princípios tradicionais do direito penal da Ilustração.

Schünemann observa duas falhas na teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer. A um, reflete que “já que não é um indivíduo em especial, no momento presente, mas a supervivência da espécie humana, o que constitui o valor supremo, valor que desde o ponto de vista das pessoas que vivem no momento atual não é individual, mas universal.”²⁷ A dois, o conceito de bem jurídico de Hassemer não leva em conta as dimensões das distintas potencialidades de

25. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1996, p. 14.

26. Idem, p. 15.

27. Idem, pp. 20-21.

lesão de uma determinada sociedade em função de seu estado de desenvolvimento tecnológico.²⁸

Ora, a ciência do direito penal, complexa que é, deve absorver os valores da dinâmica social, no que a mudança de alguns pressupostos faz-se necessária. Não se trata de relativizar princípios constitucionais penais construídos sob o discurso garantista, mas, sim, trata-se de não ignorar a nova realidade imposta. Assim, tendo como base o direito penal atual, de cunho pós-finalista, em que se atribui a função de proteção de bens jurídicos ao direito penal, a organização social contemporânea forja um pano de fundo atual de proteção de bens jurídicos transindividuais. Não menos certo é que, em sua escolha, o Estado, na figura do legislador penal, não deve eleger interesses para além dos estritamente necessários ao desenvolvimento dos indivíduos em sociedade, abarcando, conforme já observado, tanto interesses pessoais seus, como interesses que o atinjam reflexivamente, onde se encontra, sem sombra de dúvidas, a ordem econômica.

Ainda que os autores frankfurtianos não neguem o ponto de partida de um direito penal funcional, propugnam, no entanto, um funcionalismo construído sob um viés individualista. Ocorre que, uma característica da sociedade de risco, e conseqüentemente, do direito penal do risco, é a substituição do contexto de ações individuais para o contexto de ações coletivas, no que o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônima e estandarizada.²⁹ Se antes o comportamento delitivo padrão se dava nas relações interpessoais cujos atores bem se conheciam (ou poderiam se conhecer), no contexto atual, a rede de relações tanto se vascularizou, deixando, inclusive, de se dar entre pessoas, mas entre pessoas e coisas (sistemas peritos), que se enxerga uma dificuldade, própria do direito penal do risco, das cadeias causais. Estas se perdem no anonimato da sociedade de massas.³⁰

A conseqüência no âmbito do direito penal é sua atuação preventiva, buscando minar possíveis danos sociais de conseqüências

28. *Idem*, p. 24.

29. *Idem*, pp. 30-31.

30. *Idem*, p. 32.

inesperadas. Daí a substituição de um crime culposo material por crimes de mera atividade, quanto ao resultado naturalístico, ou crimes de perigo, em lugar de crimes de dano, quanto ao resultado jurídico, para abarcar, exatamente, todas essas ações e garantir a proteção dos bens jurídicos escolhidos.

Relaciona-se, então, com os novos âmbitos de atuação da sociedade moderna, o princípio da precaução, surgido no direito alemão, em meados de 1970, e que pretendeu explicar como o direito penal deveria preocupar-se, de forma antecipada, com as possíveis consequências dos diferentes projetos e empreendimentos da atualidade, e não após estas consequências se manifestarem.³¹ Surgido inicialmente no direito ambiental, o princípio da precaução foi recepcionado pelo direito penal, que vê diante de si riscos sobre os quais pouco tem conhecimento³². A aplicação do princípio da precaução, assim, afastada a aplicação a todo e qualquer caso, visa resolver os problemas em que, dada a fundada incerteza quanto às consequências de uma conduta, o direito opte por se antecipar a estes cursos causais. Sábia a lição de Japiassú: “O objetivo não é o de criar uma nova disciplina, nem de elaborar um discurso universal, mas o de tentar resolver um problema bem concreto em suas múltiplas dimensões.”³³

Deveras, há riscos fundados e outros infundados, devendo o legislador tomar o severo cuidado em selecionar apenas aqueles, quando da tutela antecipada do curso causal. De fato, as pessoas estão expostas de modo coletivo, não, apenas, individualmente, como nos recentes episódios dos vazamentos de energia nuclear na usina de Fukushima e do produzido pela Chevron na Bacia de Campos, ambos em 2011.³⁴ Os grupos humanos sob ameaça são,

31. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

32. É um princípio que, conforme lição de CRUZ BOTTINI, “surge na seara do cientificamente desconhecido.” CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 54.

33. JAPIASSÚ, Hilton. O sonho transdisciplinar e as razões da filosofia. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 43.

34. Os exemplos foram fornecidos em Capítulo escrito a respeito da imprudência, a partir de um caso concreto, um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná. GUARAGNI, Fábio André e GIRONDA CABRERA, Michelle. Imprudência. In: Teoria do delito. Série Direito Penal baseado em casos. Organização Paulo César Busato. Curitiba: Juruá, 2012, p.111.

em regra, indetermináveis, assim como o são as consequências da lesão a esta categoria de bens transindividualmente protegidos. A complexidade das relações interpessoais intensificou os cursos causais a partir da repartição de tarefas nos mais diversos nichos sociais. Isto quer dizer que, da análise penal, a partir de determinada conduta delitiva, e considerando que nosso Código Penal tenha como regra, no *caput* do artigo 13, a teoria da *conditio sine qua non*, é certo que o rol de “causadores”, no contexto atual, intensificou-se.

5 DIFICULDADES DE IMPUTAÇÃO PELA PERSEGUIÇÃO DA QUEBRA DE DEVER DE CUIDADO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

O tipo de injusto dos delitos culposos é formado, ao contrário dos dolosos, por um aspecto objetivo, ou seja, por uma ação violadora do risco permitido, ou, conforme doutrina mais tradicional, pela infração do dever de cuidado. Arelado a esta, leciona Roxin, se encontram a previsibilidade e evitabilidade do resultado, como requisitos ou pressupostos do crime culposos.³⁵ Entende-se, assim, que a não previsão do evento objetivamente previsível traduz, justamente, a negação da incidência de qualquer elemento subjetivo, o qual deveria existir, mas não existe – podia prever, mas não previu -, com exceção da culpa consciente. Trata-se, a tipicidade culposa, de modalidade delitiva excepcional, pois que no Código Penal, a maioria arrasadora de crimes admite, somente, forma dolosa.

Ocorre que, da análise da legislação penal extravagante pós mil e novecentos, repercute uma expansão da modalidade culposa de crime, na tentativa de solucionar, ou ao menos apaziguar, os problemas e anseios sociais decorrentes do ininterrupto desenvolvimento técnico-científico. A ação violadora dos limites do risco permitido traduz-se em conduta perigosa, repudiada pelo sistema jurídico. Ainda que o fato culposos constitua modalidade especial e excepcional de delito, é certo que, da análise da legislação penal extravagante, nota-se maior recorrência a esta modalidade,

35. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general .Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 1997, p. 999.

reconhecendo-se, para além de uma expansão de delitos culposos comissivos, delitos culposos omissivos, e também, de mera atividade, e de perigo.³⁶

Após muita discussão acadêmica, chegou-se a um mais ou menos consenso de que a locução “quebra de dever de cuidado” – herança welzeliana - faz remeter, desarrazoadamente, no campo dos crimes culposos, à ideia de omissão, no que todo crime culposos seria omissivo, pois não observar um dever é omiti-lo. Mas, a lógica não se aplica. Daí que a inobservância do dever de cuidado evoca uma falsa posição de garante, falha que merece ser corrigida e o é, pela moderna doutrina funcionalista que, em seu lugar, utiliza a referência, em crimes culposos, a “criação de riscos proibidos” para se imputar um resultado concreto ao agente, de dano ou perigo de dano ao bem jurídico.

Ora. Tome-se o caso da intoxicação de lavradores numa fazenda no município de Estrela do Norte, comarca de Presidente Prudente, em dezembro de 1977.³⁷ Três lavradores que aplicaram inseticidas “Ekadrin” e “Ekatrox”, na lavoura de algodão, sem fazerem uso de equipamento de proteção, sofreram forte intoxicação, ocasião em que um deles, no mesmo dia, chegou a falecer por parada cardiorrespiratória consequente do contato com a substância tóxica. A sétima Câmara do extinto Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo julgou o caso, responsabilizando fazendeiro e agrônomo por homicídio culposos omissivo.

É certo que não é todo e qualquer cidadão o possuidor do dever de alertar e fornecer condições seguras de trabalho a lavradores que se exponham a trabalho perigoso. O cuidado se impõe àquele cidadão que, por seu cargo de chefia, no âmbito organizacional, possa expor seus funcionários a condições perigosas de trabalho.

A imputação da culpa ao agente, na esteira da tradicional literatura jurídico-penal brasileira, é realizada a partir da checagem de elementos constituídos pela doutrina: a) existência de conduta; b) nos crimes culposos materiais, incidência de resultado naturalístico

36. TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposos. Prefácio de Claus Roxin. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 281.

37. O caso concreto é fornecido por Humberto Souza Santos, que analisa a coautoria em crime culposos. SANTOS, Humberto Souza. Coautoria em crime culposos e imputação objetiva. Barueri, SP: Manole, 2004, pp. 158-159.

e liame entre a conduta e o resultado (nexo causal) – ambos os elementos são dispensáveis nos crimes culposos formais e de mera conduta; c) quebra do dever objetivo de cuidado; d) relação de determinabilidade entre o descuido e o resultado – elemento reportado por Zaffaroni e Pierangeli³⁸ ou “conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado”³⁹, que não se confunde comnexo causal⁴⁰ e, não raro, é olvidado pela literatura pátria; e) previsibilidade objetiva, associada à ausência de previsão, por parte do agente (culpa inconsciente, regra nas hipóteses de crimes culposos; na culpa consciente, o agente faz representação do evento).

A observação a respeito do cuidado objetivamente devido deve se dar nos moldes do risco permitido, segundo um direito penal funcionalizado a partir do critério de proteção de bens jurídicos fundamentais. Por conta, sobretudo, da introdução de novos riscos no seio da sociedade e da própria complexidade dela mesma, tem-se que a superação do finalismo abriu um leque de possibilidades mais justas, contributivas à imputação da responsabilidade penal.

Em verdade, o nome com que se “batiza” a criação do risco é de somenos. Se, da violação a bem jurídico protegido, resultar dano decorrente de conduta criadora de risco não permitido, a regra é a da imputação. O modo comum de imputação de crimes culposos no Brasil ainda é fincado na quebra de dever de cuidado, o que acaba dificultando a imputação no contexto do direito penal econômico.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 440.

39. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral, vol. 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284; REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal Brasileiro. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 329.

40. Através do nexo causal, verifica-se a ligação entre a conduta e o resultado, e não entre o descuido constatado na conduta e o resultado, pois, ainda que se realize conduta descuidada, a imputação culposa só ocorre se o resultado não ocorreria sem o descuido. Não há imputação quando o resultado lesivo deriva de razão diversa do descuido, ainda que este esteja presente. Calha o exemplo do próprio ZAFFARONI: acaso um suicida jogue-se de uma árvore, na qual esperava pendurado, à frente de um veículo em excesso de velocidade, não haverá imputação da morte ao motorista, por culpa, desde que fique evidente que haveria o resultado lesivo mesmo que a velocidade estivesse dentro do patamar tolerado para a via ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 441.

Ora, com a intensificação dos cursos causais, característica peculiar de um direito penal que lida com riscos, dificulta-se, rigorosamente, as possibilidades de identificação dos produtores do dano – como, por exemplo, na emissão de substâncias tóxicas por uma fábrica de papel – o que, por sua vez, acaba esbarrando na constatação do nexo de causalidade entre o dano e possíveis quebras de deveres de cuidado decorrentes de condutas arriscadas.

Assim é que se verifica imprescindível, quando da imputação de responsabilidade a alguém por sua conduta, a análise de critérios de imputação objetiva, outorgando ao tipo um conteúdo claramente valorativo. Disso resultam duas consequências: (i) nem a causalidade nem a finalidade do sujeito são capazes de informar, de maneira clara e justa, se uma pessoa realizou ou não o tipo penal (sabe-se que é no finalismo que o elemento da infração à norma de cuidado torna-se determinante para a caracterização do crime culposos) e (ii) é necessária uma valoração do ponto de vista normativo.

A tipicidade de uma conduta exige a configuração do fim e do sentido dos tipos existentes na parte especial, não bastando, assim, a mera constatação da infringência a um dever de cuidado. Isso quer dizer que, nem todo processo causal que mate ou lesione é relevante ao direito penal. O tipo objetivo adquire uma especial relevância dentro das teorias do tipo, transferindo a importância que tinha a finalidade do sujeito para o finalismo.⁴¹ A relevância, que no finalismo - teoria que alçou a infração à norma de cuidado a elemento determinante para a caracterização do crime culposos – era analisada *ex ante*, passa a ser compensada mediante uma perspectiva objetiva *ex post* complementar.⁴²

A constatação do risco – e dos critérios decorrentes da teoria da imputação objetiva – delimita-se a partir das diretrizes que regem a área da vida em que se deu o evento (trânsito, relações consumeristas, etc.). Na falta de normativa, valerão as pautas sociais de comportamento. Em ambas, valerá, comparativamente, o ambiente de expectativas respectivo a um agente com as mesmas capacidades do envolvido no episódio (teoria individualizadora), não sendo

41. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 02.

42. Idem, pp. 02-03.

adequado invocar-se o parâmetro de comportamento aquém do limite de proibição de risco a partir de um fictício “homem médio”, para verificar as capacidades individuais do agente envolvido apenas na culpabilidade (teoria do duplo patamar). A solução encontrada por Roxin, frise-se, foi a intermediária, segundo a qual, adota-se a teoria individualizadora para pessoas com capacidades superiores à média e a do duplo patamar para aqueles deficitários em relação à média.⁴³

6 O INCREMENTO DE CRIMES CULPOSOS DE PERIGO COMO “CERCO” ÀS ATIVIDADES DE RISCO

Conforme já observado, a ciência do direito penal passa por, senão uma reformulação, uma autocompreensão necessária frente às exigências de seu tempo. O tema foi abordado por Hassemmer, que observara, acertadamente, que, através das experiências cotidianas e políticas, se verifica que “proibir e sancionar é, também, um ato político, um meio público para a compreensão normativa sobre nossos interesses fundamentais, assim como a fronteira da liberdade”⁴⁴, o que ele atribui à fascinação privada e política que o direito penal desperta.

De fato, ainda que a ciência do direito penal tenha - como ciência que é - a liberdade de não abastecer as expectativas que a ela se dirigem⁴⁵, é certo que não lhe cabe abster-se da situação que se lhe apresenta, de dominar os riscos e prevenir grandes catástrofes. Intervenções rápidas e eficazes lhe são exigidas e, conforme observado por Jakobs, o direito penal leva a cabo a tarefa de reunir, em normas jurídico-penais, as necessidades da sociedade, é dizer, deve-se sintetizar *direito penal e seu tempo* num mesmo conceito.⁴⁶

43. ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 1997, pp. 1.013 – 1.018.

44. HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemmer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 24-25.

45. Idem, p. 32.

46. JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser,

Sem dúvida, dentre os grandes desafios jurídico-penais, tem-se a progressiva ampliação da proteção penal, realizada através da tipificação de crimes culposos, feita, por sua vez, em grande maioria, através do adiantamento do direito material com a utilização de crimes de perigo abstrato. E, concomitantemente a este novo panorama, elaboram-se objetivos, os quais devem considerar o subsistema do direito penal, frente às expectativas do subsistema social, em que se tem na neutralização social dos mega riscos produzidos pelo desenvolvimento econômico, o principal deles.⁴⁷

Os esforços do direito penal buscam canalizar o problema social que emerge das novas ameaças e oportunidades inseridas num contexto de globalização dos mercados e quebra das fronteiras sociais, formando uma sociedade que, para além de mundializada e de riscos, é, segundo definição do sociólogo espanhol Manuel Castells *em rede*.⁴⁸

Neste cenário, surge em contraponto, a necessidade de aumentar o bem-estar e a segurança dos cidadãos que, atuantes que são em seus meios, não lhes é dada a abstenção de suas atividades cotidianas arriscadas. Malgrado os casos em que riscos palpáveis e controláveis são diagnosticados equivocadamente, diagnóstico decorrente do uso egoísta dos meios de comunicação de massa, o que deve ser rechaçado, tem-se que o “novo” direito penal do meio ambiente e econômico traduz a conformação de que a legislação penal corresponde, exatamente, às necessidades modernas.

A favor de um direito penal compatibilizado com as exigências de seu tempo, aduziu-se, ao legislador, ante a aleatoriedade dos cursos causais, incompreensíveis para o cidadão, a função de prevenir riscos, para garantir uma melhor proteção dos bens jurídicos.⁴⁹ As

Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 53.

47. PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a los desafíos de su tiempo. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordinación da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordinación da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 94.

48. CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Volume I. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 119.

49. HIRSCH, Hans-Joachim. Delitos de peligro y Derecho Penal moderno. In: La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico. Editores Carlos María Romeo Casabona e Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. Coordinación Emilio José Armaza Armaza. Granada: Comares, 2010, p. 107.

transformações do direito penal frente aos novos delitos surgem, então sob duas frentes: a da expansão dos crimes culposos e sua expansão na modalidade dos delitos de perigo.

Isto porque, no marco do direito penal do risco, emerge o princípio de que deve se permitir ações arriscadas, na medida em que o interesse público em sua execução supere o risco que elas geram, ou, em outras palavras, se o desenvolvimento e bem estar social adquiridos não permitirem a renúncia a estas atividades arriscadas – ou, ao menos, a maior parte delas – isto implica à sujeição a determinadas regras de conduta inseridas que devem estar em um patamar de riscos permitidos.

Está plantado o contexto de expansão dos crimes culposos, cujo reforço do emprego desta categoria dogmática impõe um cuidadoso trabalho para estabelecer os respectivos pilares de imputação, de um lado, e de outro, impõe ao cidadão o dever de diligência – para utilizar expressão tradicional – ou melhor, dizendo, impõe-se-lhe a realização de suas atividades, inerentes a seus papéis sociais, obedecendo ao patamar de riscos toleráveis.

Reside, talvez, na vinculação ao sistema de incriminação das condutas culposas como *numerus clausus* o mais significativo ponto de vista político-criminal, utilizado para afastar as críticas a respeito da expansão dos crimes culposos. Com efeito, só se incrimina a culpa quando expressamente prevista, não cabendo dúvidas de que o sistema *numerus clausus* goza de vantagens dogmáticas e político-criminais em relação ao sistema de incriminação antagônico. As vantagens são observadas por Romeo Casabona, para quem, em primeiro lugar, tal princípio supõe uma vinculação mais fiel ao princípio de legalidade, que tem como pressuposto os princípios de taxatividade e de segurança jurídica, e, em segundo lugar, do ponto de vista político-criminal, esta técnica permite ao legislador selecionar condutas imprudentes que devam ser puníveis, atendendo ao princípio de intervenção mínima do direito penal, tanto em razão da importância do bem jurídico protegido, como da gravidade da conduta.⁵⁰

50. ROMEO CASABONA, Carlos María. Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo. Granada: Comares, 2005, pp. 42-43.

Ainda que o incremento dos crimes culposos gere redução da taxatividade da norma, é certo que deve ser realizado um minucioso trabalho de valoração, em que poderão ser analisados, conforme a literatura mais moderna, critérios de imputação objetiva, por parte do juiz, quando de sentenças condenatórias, e do órgão do Ministério Público, na formulação da denúncia.

A expansão da modalidade culposa de delito, enganchada na técnica de tipificação dos crimes de perigo, deriva, então, do contexto sociológico da sociedade de riscos, sendo clara consequência do fato de que, se outrora os riscos, ainda que existentes, fossem de baixa percepção social, o cenário atual é de protagonismo destes riscos (e de tantos outros) nas tomadas de decisões políticas⁵¹ – inclusive, político-criminais.

Vem daí o reconhecimento de bens transindividualmente protegidos, como o meio ambiente, a ordem econômica e financeira, a saúde coletiva. Não se trata de utilizar o direito penal como *prima ratio*, pois, ainda que os bens jurídicos coletivos sejam mais vagos e imprecisos, devem ser delimitados com clareza, para determinar se houve lesão ou somente posta em perigo pela conduta.

CONCLUSÕES

De tudo quanto fora exposto, percebe-se que as complexidades sociais com que o direito penal vem se deparando, há pelo menos quatro décadas, são (e foram) as responsáveis por torná-lo uma ciência também complexa, cujas soluções mais justas vêm sendo fornecidas pela união e intercomunicação entre dogmática e outras áreas epistemológicas, como a política-criminal. Corroborando o entendimento a respeito das complexidades que se impõem à ciência do direito penal, para as quais não se lhe é dado desconsiderar, tem-se Beck no sentido de que “tudo aquilo que parece isolado numa perspectiva teórico-sistêmica se converte em componente integral da biografia individual”.⁵²

51. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona: Paidós, 2008, pp. 20-23.

52. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010, p.201

E pode-se ir além. Até as situações mais individuais, nesta sociedade de virada de século, impõem-se através de interconexões. O direito penal, de princípios calcados em bases democráticas e garantistas, não deve se abster da configuração do novo contexto social. Da observação da tensão a que se submete a ciência do direito penal, entre liberdade e obrigatoriedade, “verifica-se que o legislador, apoiado por grande parte da doutrina, corresponde às expectativas com endurecimento da ameaça penal, tanto como com a criação de novos tipos, como com a ampliação das sanções”⁵³, a utilização da modalidade culposa de delito juntamente com o adiantamento das barreiras do punível.

O texto procurou delinear o contexto atual de ambientação favorável à tipificação culposa, não consistente na tarefa de “zerar” riscos procedentes de atividades humanas, mas de os minimizar. Ainda que se questione esta tarefa, no limiar do século XXI, é certo que o direito penal, através dos crimes culposos, pretende reduzir a sensação de insegurança ocasionada pela tomada de consciência dos riscos.

Deriva, daí, o emprego do aparato jurídico-penal para reduzir riscos, operando como parte de uma ampla mecânica de gerenciamento capaz de os manter em patamares de razoabilidade⁵⁴. Está posta a ambientação favorável à tipificação por crimes culposos, resultado da distribuição de novas tarefas ao direito penal. Salutar a lição de ROXIN: “Ainda que trivial, nunca é demais repetir: A mudança de milênio não representa nenhuma ruptura de época, mas simplesmente um evento no calendário. Portanto, não renovará de forma avassaladora a tarefa da ciência penal.”⁵⁵ Não se trata, enfim, de reescrever o direito penal a partir da demanda de

53. HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 51.

54. GUARAGNI, Fábio André e GIRONDA CABRERA, Michelle. “Imprudência” In: Teoria do delito. Série Direito Penal baseado em casos. Organização Paulo César Busato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 119.

55. ROXIN, Claus. “La ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro” In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 393.

novas tutelas, mas de as colocar em consonância com as categorias dogmáticas e conceitos garantistas deflagrados à época da Ilustração.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: SigloVeintiuno de España Editores, 2002.

_____. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral, vol. 1. 11ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Volume I. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996.

CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DEAN, Mitchell. Risk, calculable and incalculable. In: Risk and Sociocultural Theory: new directions and perspectives. Deborah Lupton. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador. V.1. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 1994.

_____. O Processo Civilizador. V.2. Rio de Janeiro: Jorhe Zahar, 1993.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

GUARAGNI, Fábio André. A função do direito penal e os “sistemas peritos”. In: Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e direito penal. Organização Luiz Antônio Câmara e Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2011.

GUARAGNI, Fábio André e GIRONDA CABRERA, Michelle. Imprudência. In: Teoria do delito. Série Direito Penal baseado em casos. Organização Paulo César Busato. Curitiba: Juruá, 2012.

JAPIASSÚ, Hilton. O sonho transdisciplinar e as razões da filosofia. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a las exigencias de su tiempo. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HIRSCH, Hans-Joachim. Delitos de peligro y Derecho Penal moderno. In: La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico. Editores Carlos María Romeo Casabona e Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. Coordenação Emilio José Armaza Armaza. Granada: Comares, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Organização J. J.

Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general. 3ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal frente a los desafíos de su tiempo. In: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Coordenação da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde. Coordenação da versão alemã: Albin Eser, Winfried Hassemer e Björn Burkhardt. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. V.12, n.47, mar./abr. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal Brasileiro. 8ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo. Granada: Comares, 2005.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Humberto Souza. Coautoria em crime culposos e imputação objetiva. Barueri, SP: Manole, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposos. Prefácio de Claus Roxin. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique.
Manual de Direito Penal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

CAPÍTULO IX

A NOVA CRIMINOLOGIA ADMINISTRATIVA

PEDRO AUGUSTO AMARAL DASSAN

Advogado. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu pelo IDPEE da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UNICURITIBA. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário Empresarial pela PUC-PR. E-mail: pedrodassan@gmail.com

CASSIANO GIL

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: cassiano_gil@yahoo.com.br

RICARDO DE SOUSA FONSECA

Promotor de Justiça Adjunto no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: ricardosfonseca@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A prevenção do crime não é algo que se busca apenas recentemente. Na era das monarquias absolutas a prevenção do crime traduziu-se em castigo severo e exemplar, como o enforcamento e o açoite. Já durante o iluminismo, a prevenção do crime foi associada à certeza e prontidão da sanção penal, prevista na lei, mais do que com a sua dureza e crueldade infamantes. Contudo, “nos últimos anos, a noção de prevenção do crime tem olhado de forma crescente para além do sistema de justiça penal para incluir

estratégias baseadas na comunidade e métodos situacionais para diminuir as oportunidades de cometer delitos”.¹

A expansão da criminologia administrativa decorreu da própria administrativização geral da sociedade. A ascensão da nova gestão pública neoliberal, com ênfase na relação custo-eficácia, a definição de metas, a construção de indicadores de desempenho e resultados, gradualmente permeou grande parte da sociedade, incluindo o sistema de justiça criminal.²

Essa prioridade mais recente para ações de prevenção situacional do crime deve-se também à percepção da ineficácia do efeito preventivo geral da sanção penal (cumprimento da lei) e de que a imposição generalizada da pena privativa de liberdade é contraproducente, pois geradora de delinquência (crimes praticados no interior das prisões) e reincidência (falha na ressocialização), além de subtrair do Estado recursos indispensáveis para financiar setores importantes como a educação e a saúde.

Esvaiu-se a confiança no ideal de transformação, ou seja, na possibilidade de eliminação ou de intervenção eficaz sobre as causas do crime por meio da reabilitação dos delinquentes ou da modificação dos contextos sociais nos quais eles estão inseridos, até então sustentado pelas teorias criminológicas que se desenvolveram na segunda metade do século XX. Frente ao aumento da criminalidade, houve a percepção generalizada de que tais teorias tinham pouca eficácia prática.

Com isso, demarca-se o surgimento de um pensamento neoliberal, no qual o controle da criminalidade é orientado pela eficácia, objetivando prover a máxima segurança com o mínimo de recursos dispendidos. O objetivo é agir antes que o crime ocorra. As políticas criminais passam a trabalhar no sentido do gerenciamento de risco, valendo-se de uma lógica atuarial para traçar perfis de potenciais delinquentes e vítimas preferenciais, e identificar situações propícias ao crime.³

1. ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 8, Fasc. 3. Jul - Set 1998. P. 322-323.
2. MARTINHO, Rita; FERREIRA, Fernando; SOUSA, Pedro. Análise de custo-benefício e a sua aplicação aos programas de prevenção do crime. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2013. p. 322-323.
3. GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de*

Além disso, em maior ou menor grau, dissemina-se a ideia de que o crime faz parte do cotidiano das pessoas, configurando um fato da vida moderna com o qual é necessário conviver, ou melhor, avaliar e administrar, assim como os acidentes de trânsito. O crime não é mais um problema patológico de certos indivíduos ou de grupos sociais desajustados, passando a ser encarado como um evento normal, que acontece no curso ordinário da vida em sociedade, sequer demandando explicação etiológica.

Diante de taxas persistentemente altas de criminalidade, da reconhecida incapacidade das instâncias formais de controle na sua contenção e da ineficiência das políticas assistenciais até então implementadas (*Welfare State*), a nova forma de combater o crime organiza-se em torno de teorias econômicas, pelas quais o criminoso figura como um consumidor hedonista racional, oportunista, sensível às motivações situacionais e relativamente livre de controles internos ou externos.⁴

Os criminólogos administrativistas são céticos a respeito da capacidade do sistema penal para frear a delinquência⁵. Para eles, a maior parte da criminalidade é racional e oportunista. São pequenos crimes que se valem da falha de controles para serem cometidos.

A riqueza e a abundância advindas com o desenvolvimento urbano multiplicam as oportunidades e aumentam o valor dos “alvos”. Por outra parte, o anonimato da vida moderna diminuiu os riscos. Ambos os fatores explicam, *per se*, o aumento das taxas reais de delitos, em especial contra o patrimônio, pelo que não há que se buscar causas muito profundas para esse tipo majoritário de delinquência.

Nesse contexto, o homem delinquente deixa de ser o referencial para o saber criminológico, que passa a se concentrar no estudo das variáveis situacionais capazes de explicar a tomada de decisão para o

Sociologia e Política. Curitiba, N.13. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf> >. Acesso em: 19 nov 2015. p. 59-80.

4. BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*, V. 101, N.º 3. Jun/1993), p. 385-409. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/09/Becker1993.pdf>. Acesso em 14 dez 2015. p. 385-409.
5. TORRENTE, Diego. Políticas de seguridad ciudadana. Condicionantes y modelos recientes. In: ALVARO, Fernando Perez (Ed.). *SERTA, in memoriam Alexandri Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca y los autores, 2004. p. 1505.

cometimento do crime e a vitimização, especialmente no caso dos delitos contra a propriedade cometidos no interior de residências, estabelecimentos comerciais e em locais públicos, que mais afligem a população.

A criminologia administrativa procura não só manipular o ambiente, como também influenciar a decisão (abstenção) do potencial criminoso, mediante a análise das oportunidades que facilitam a ação dos delinquentes e dos riscos envolvidos na prática dos crimes. É mais fácil e eficaz centrar-se no controle situacional da criminalidade, pois o objetivo não é derrotar o crime, mas simplesmente racionalizar a operabilidade dos sistemas que admitem gerir a criminalidade com base em valorações estatísticas e atuariais.

Assim, a criminologia administrativa é não-ideológica, pragmática e tecnocrática, constituindo um gênero que abrange uma variedade de perspectivas teóricas e pesquisas investigativas sobre o desenvolvimento da criminalidade e a distribuição da vitimização, como a teoria da atividade de rotina, da escolha racional e da prevenção situacional, que serão adiante abordadas.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A criminologia, como forma de conhecimento e estudo da criminalidade de maneira sistemática, encontra suas raízes nos ideais estabelecidos a partir da cartilha iluminista da segunda metade do século XVIII⁶, com ampla vinculação à teoria política, dirigida à proteção do cidadão frente ao poder do Estado e, nesta fase, mais atrelada à legislação penal.

6. Entretanto, mesmo antes da chamada Escola Clássica, como bem observam Figueiredo Dias e Costa Andrade, há autores que merecem referência pelos estudos de aspecto criminológico, tais como Platão, que enxergou na prática do delito um sintoma de uma doença que teria como causas as paixões (inveja, ciúme, ambição, cólera), a procura do prazer e a ignorância. Mencionam também Aristóteles, que via no criminoso um inimigo da sociedade e a miséria como causa do delito e da revolta. De se anotar também, agora já no período medieval, a doutrina de Santo Agostinho, que enxergava no delincente a prática de um pecado, e que a punição deveria levá-lo ao arrependimento antes do Juízo Final. Já São Tomás de Aquino viu na pena o caminho para uma justa retribuição, segundo o exemplo divino, para a promoção do fim moral. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo de, e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delincente e a sociedade criminógena*, 2013, p. 7. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus contra os Pagãos*, p. 426, in MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcollo de Araújo Júnior*, 2001, p. 429.

Este novo pensar no âmbito penal reflete a questão política da época, com a ascensão da burguesia que passa a ter o controle político estatal e se movimenta para frear arbitrariedades de poder até então dominantes com a monarquia⁷. Mais tarde, esses novos pensamentos penais foram tarjados de “escola clássica criminológica” pela “escola positivista”, que sobreveio no cenário do estudo do crime no século XIX. O iluminismo trouxe consigo expectativas de contenção da criminalidade, fato este que não se observou na prática, diante de seu constante crescimento e diversificação.⁸

Motivado pela ineficiência pragmática do pensamento político-penal-humanista da escola clássica, a escola positivista começou a ganhar força em um ambiente de grande desenvolvimento industrial, no qual o homem passou a elaborar técnicas de controle da natureza, acreditando, assim, que a técnica poderia superar qualquer limite.⁹

A ciência do dever-ser dá lugar à ciência do ser, caracterizando o modelo filosófico da segunda metade do século XIX como aquele que tudo consegue explicar pelas leis da física, na lei da causa e efeito, inclusive que o crime é efeito de causas genotípicas ou do ambiente que provocam o sujeito a praticar delitos, independentemente de sua vontade. Nasce assim a etiologia criminal, onde a criminologia busca compreender as causas do crime, mediante a aplicação de rigoroso método científico.

As investigações criminológicas passam a adotar o suporte teórico e metodológico do positivismo, tendo por premissas bases a negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo. O homem é visto como um ser anormal, movido pelo determinismo biológico (Lombroso) ou, ainda, para outras correntes positivistas, pelas condicionantes sociológicas (Ferri) ou por elementos psicológicos (Garófalo).

7. Cabe afirmar, entretanto, que Massimo Pavarini alerta que a interpretação de que a escola clássica iluminista surgiu como afirmação de liberdade civil deve ser evitada, pois privilegia apenas um lado da história da época, deixando-se de lado a reflexão sobre o controle social no contexto de uma nova ordem. Neste sentido, cf. PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

8. DIAS, Jorge de Figueiredo de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 2013. p. 7.

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

Foi no século XIX que se consolidou a sociologia criminal, com uma abordagem do crime como fenômeno coletivo, sujeito a um determinismo sociológico, muito por conta do fenômeno da industrialização, que trouxe inegáveis consequências sociais, tais como a formação de subúrbios degradados moral e materialmente.

Os estudos passaram a fazer uso das estatísticas das condenações judiciais e dar enfoque predominantemente ecológico ou cartográfico, notas fundamentais da escola franco-belga, representada por G. Guerry e A. Quételet. No entanto, foi com as obras de Durkheim, Lacassagne e Tarde que a sociologia criminal recebeu os contornos mais duradouros, com as ideias, respectivamente, de anomia; de que a miséria é uma condicionante da criminalidade e pelas leis de imitação¹⁰.

Importante citar, ainda, a ideia do *Labeling Approach* (1960), que questiona os valores que estão por trás da reação social à conduta desviada e pela influência do papel das instâncias formais na delinquência secundária, que acaba por configurar uma “profecia que a si mesma se cumpre”, nas palavras de R. Merton¹¹, além da existência de cifras negras.

As pesquisas desenvolvidas pela sociologia criminal estabeleceram um novo marco no estudo do crime, que se afastou do estereótipo delinquente positivista, definindo o crime como um fenômeno social e o delinquente como uma pessoa normal (“criminologia do eu”). Ademais, evidenciou uma criminalização seletiva e discriminatória das instâncias formais de controle, muito bem demonstrada na investigação sobre a criminalidade financeira promovida por Edwin H. Sutherland (Teoria da Associação Diferencial – 1939-1947)¹².

10. Acerca de melhores detalhes sobre as diferenças doutrinárias desses criminólogos, conferir DIAS, Jorge de Figueiredo de e ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit.

11. O desvio é uma construção social, pela qual determinados indivíduos acabam sendo rotulados como marginais. A conduta desviante é variável de acordo com o indivíduo que a pratica, pela época e sociedade em que se insere. A desviação é uma reação às regras estabelecidas e tornar-se ou não transgressor depende das pessoas que analisam o ato e da pessoa analisada. DIAS, Op. Cit., p. 346.

12. A associação diferencial se enquadra entre as teorias da aprendizagem social ou social learning, para as quais “[...] o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou

Na verdade, a perspectiva interacionista (*Labeling Approach*) desenvolvida na década de 60 do século passado, representou uma verdadeira revolução, pavimentando a estrada para uma nova criminologia ou “criminologia crítica”, cujo campo de estudo deixou de ser os motivos que levam as pessoas a cometerem crimes (ontológico), para se dirigir ao próprio sistema de controle, seus mecanismos de seleção e sua legitimidade (reação social).

Com esse viés, por volta de 1970, ganha força a criminologia radical (Marxista)¹³, contemporaneamente seguida pelos idealistas de esquerda (ainda mais radical), que identifica as instâncias formais de controle como responsáveis pela criação do crime e do criminoso, a serviço dos poderes políticos e econômicos da sociedade capitalista.

Em outras palavras, a criminalização promovida pelas instâncias formais de controle seria expressão da estrutura conflitual da sociedade, atuando sobre a classe trabalhadora para privilegiar os interesses das classes dominantes. Em uma visão romântica, o crime passou a ser entendido como insurgência heroica à desigual e injusta distribuição de poder na sociedade.

Enquanto a criminologia se desenvolvia e se diversificava na tentativa de se explicar a criminalidade, o mundo passava por transformações significativas, em especial após a segunda guerra mundial, época em que houve grande comprometimento político com o chamado *Welfare State* e se acreditava que os problemas sociais seriam abrandados com o alto desenvolvimento econômico de grandes nações, resultando, desta forma, em uma sensível redução da criminalidade.

Entretanto, não foi isso que se observou na prática. A partir dos anos 60 houve um crescimento sem precedentes das taxas de criminalidade nos países ocidentais, aumentando a pressão popular sobre o sistema político por medidas eficazes para sua contenção.

autojustificação) do comportamento desviado”. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. 1997, p. 278. Em suas investigações sobre a criminalidade do colarinho branco, SUTHERLAND concluiu que a conduta desviada não pode ser imputada a disfunções ou inadaptação dos indivíduos das classes menos favorecidas, senão à aprendizagem efetiva dos valores criminais, o que pode suceder em qualquer cultura.

13. YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical (1986), en AAVV: Criminología crítica y control social, Iuris, Rosario, 1993. p. 5-39.

Com isso, os governantes foram impelidos a buscar novas abordagens com um viés mais pragmático.¹⁴

A etiologia positivista falhou no seu intento. O idealismo de esquerda, até então consolidado, passa a ser rechaçado em razão da maneira romantizada com que trata o delito, entrando em crise, nas palavras de Young, na medida em que percebe que as classes trabalhadoras menos favorecidas igualmente são vítimas de crimes, momento em que se fortalece as ideias dos realistas de direita e de esquerda, que procuram abarcar o alcance do delito adequadamente.¹⁵

Este momento de crise ficou marcado pela expressão “*nothing works*”, de Robert Martinson, em que o autor se referia ao fato de que nada funciona no sistema penal, que o tratamento carcerário não leva a nada e, por isso, a criminologia não dá uma resposta adequada ao que funciona para conter a criminalidade.¹⁶

Há, então, uma mudança de paradigma do “*nothing works*” para um “*what works?*”, que envolve uma mudança do pessimismo para o pragmatismo, isto é, passa-se a buscar uma abordagem mais dissociada da teoria, abdicando a ideia de ressocialização.

Entre essas novas perspectivas pragmáticas encontra-se a que Jock Young chamou de “criminologia administrativa”, desenvolvida na Unidade de Pesquisa e Planejamento do Ministério do Interior inglês, sob a liderança de Ronald V. Clarke, que justamente se afasta dos estudos da etiologia criminal e se aproxima da política criminal para uma maior atuação no sentido de se reduzir a oportunidade delitiva (prevenção).

Sob a perspectiva da criminologia administrativa, os criminólogos atuam sob a lógica da utilidade e desenvolvem investigações na prescrição de medidas de política criminal em prol das próprias instâncias formais de controle que sejam mais eficazes e menos onerosas na luta contra a criminalidade. Essa vertente criminológica não está preocupada em explicar a causa do crime

14. BURKE, Roger Hopkins. Introduction to Criminological Theory. 3 ed. Devon: William, 2009. p. 269.

15. YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical (1986), en AAVV: Criminología crítica y control social, Iuris, Rosario, 1993. p. 23-29.

16. MARTINSON, Robert. What works? Questions and answers about prison reform. AA.VV., The Public Interest, n.o 35, New York, National Affairs Inc., 1974.

porque entende que isso não é frutífero e dá ênfase ao retorno da vigilância, da atividade policial e ao controle social do crime. Entende que o delito é oportunista, fruto de uma conjugação circunstancial de fatores e abarca em seus estudos criminológicos os conceitos, tal como aconteceu na corrente criminológica denominada realismo de esquerda, de prevenção situacional do crime e da teoria da escolha racional¹⁷.

A nova criminologia administrativa caracteriza-se, portanto: a) pela falta de interesse na etiologia, abandonando, de certo modo, as investigações sobre as causas e possibilidades de reabilitação do delinquente; b) por perceber o crime como sendo influenciado por variáveis situacionais; c) pela crença na eleição humana durante o ato delitivo (racionalidade limitada)¹⁸; e d) também por ser partidária de medidas de prevenção¹⁹.

2 TEORIAS INCORPORADAS

2.1 TEORIA DA ATIVIDADE DE ROTINA

A teoria da atividade de rotina foi inicialmente desenvolvida pelos pesquisadores norte-americanos Lawrence Cohen e Marcus Felson, a partir de estudos a respeito do aumento da criminalidade nos Estados Unidos, sobretudo nas décadas de sessenta e setenta do século passado, que contrastou com a prosperidade econômica e o bem-estar experimentados pela população naquele período. Ora,

17. Nesse sentido, conferir 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, p. 196-200.

18. Claudia Maria Cruz Santos, ao analisar a perspectiva da nova criminologia administrativa, afirma que, “apesar de revelar alguma proximidade da criminologia administrativa clássica, distingue-se, todavia, do classicismo, por aceitar, apenas, uma racionalidade limitada. O abandono da crença no caráter pleno da razão que preside as escolhas comportamentais terá recebido algumas influências da teoria econômica, a qual salientou que as pessoas, por força das suas limitações, adoptam decisões standard que evitam o desgaste inerente ao reinício do processo decisório sempre que confrontadas com situações novas. Por outro lado, paralelamente aos factores racionais, podem atuar outros factores mais ou menos patológicos, o que resultará numa frequente amálgama de racionalidade e irracionalidade na atividade econômica”. Ob. cit., p. 199-200.

19. Neste ponto, conferir também YOUNG, Jock, *Criminologia Crítica y Control Social*, 1. “El Poder Punitivo del Estado”, Editorial Juris, 2000, p. 14-15.

se ocorreu a queda dos níveis de desemprego e pobreza, qual seria a explicação para o aumento da criminalidade?

Cohen e Felson perceberam que a resposta não estava vinculada ao aumento do número de delinquentes ou ao maior rigor exercido pelas instâncias formais de controle, mas na mudança de hábitos da população norte-americana, verificada após a segunda guerra mundial, que criou mais oportunidades para o cometimento de crimes. As novas rotinas da vida moderna, advindas de alterações nas estruturas familiares, o surgimento de moradias unipessoais, a entrada da mulher no mercado de trabalho, os afastamentos mais duradouros e constantes das pessoas de seus lares, o maior contato com terceiros em áreas públicas e o desenvolvimento de bens de consumo portáteis, tornaram as pessoas e seu patrimônio mais vulneráveis, influenciando o aumento da criminalidade. Além disso, com a maior vigilância empregada nos estabelecimentos comerciais, houve um considerável aumento nos furtos em residências.

Desse modo, as razões para o aumento da criminalidade não teriam raízes em questões demográficas ou nas taxas de pobreza e desemprego, como defendia parte da sociologia criminal, mas no aumento das oportunidades criadas com a mudança na rotina das pessoas.²⁰

Ao formularem os postulados da teoria da atividade de rotina, Cohen e Felson sustentaram que o crime não é um comportamento aberrante ou extraordinário, mas um evento normal, que pode e deve ser esperado dentro de oportunidades e condições apropriadas. Para eles, “o crime é uma opção reflexiva, calculada, oportunista, que pondera os custos, riscos e benefícios em função sempre de uma oportunidade ou situação concreta”²¹. Quando o delinquente identifica em uma situação indícios de uma boa oportunidade para a prática de um delito é quando se dá a condição para que ele decida cometê-lo.²²

20. NEWBURN, Tim., *Criminology*, Willan Publishing, Devon, 2007. In Zimmermann, Egberto, *O neoclassicismo criminológico*. Disponível em: <https://profeduardoviana.wordpress.com/>. Acesso em 10 dez 2015.

21. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução as bases criminológicas da lei 9.099/95*, Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 416.

22. MEDINA ARIZA, Juan José. *El control social del delito através de la prevención situacional*. Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º 2. 1998. p. 286.

Em outras palavras, na visão desses autores, o fator determinante para a ocorrência do crime não é a presença de um criminoso motivado, mas se há uma oportunidade adequada para tanto. Com isso, a vítima também passa a ser responsável pela prevenção do crime.²³

Como leciona Molina,

(...) as estratégias convencionais de prevenção devem ser complementadas com outras, rotineiras, quase domésticas, associadas aos estilos de vida, hábitos, costumes e atividades rotineiras do indivíduo e das organizações. Sendo o risco de vitimização um risco diferencial, seletivo, não resta dúvida que uma elementar atitude de cuidado e vigilância, de responsabilidade e cautela, por parte da vítima potencial em determinadas situações mitigará sensivelmente aquele com êxitos preventivos muito relevantes.²⁴

O principal objeto de estudo da teoria da atividade de rotina são os crimes que ofendem o patrimônio das vítimas, classificados como “violações predatórias de contato direto”. Para Cohen e Felson, tais crimes estariam associados à presença concorrente, no tempo e no espaço, de um potencial agressor (motivado ou predisposto a cometer um crime), um alvo apropriado e disponível para ser atacado e a ausência de um guardião capaz de prevenir ou impedir violações.²⁵

Na visão desses autores, deve-se presumir que sempre haverá indivíduos na sociedade com diferentes graus de motivação e aptos a cometerem crimes, a depender das oportunidades e de uma avaliação racional dos riscos e recompensas²⁶. Portanto, a teoria da atividade de rotina não confere grande atenção para o indivíduo

23. TORRES, Miguel Agustín. La prevención situacional del delito y las modalidades de segregación residencial. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/1/verbois.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=450&revista_caderno=3>. Acesso em 28 nov 2015.

24. MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução as bases criminológicas da lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 426.

25. Excluir referência autor/data e inserir nota de rodapé – NEWBURN, Tim., Criminology, Willan Publishing, Devon, 2007. in Zimmermann, Egberto, O neoclassicismo criminológico. Disponível em: <https://profeduardoviana.wordpress.com/>. Acesso em 10 dez 2015. p. 287.

26. TIERNEY, John. Key Perspectives In Criminology. Open University Press. Berkshire, 2009. p. 14.

ofensor, mas para a situação que cria a oportunidade para o crime, com foco na vitimização.

Os alvos são as pessoas ou objetos que podem ser expostos à prática de um crime, com maior ou menor risco, a depender da influência de quatro elementos considerados pelo delinquente: valor, inércia, visibilidade e acesso (“VIVA”). Assim, despertariam especial interesse no potencial agressor, em termos de oportunidade para o crime, o alvo com maior valor atribuído, seja ele econômico ou simbólico, de fácil portabilidade, principalmente em razão do peso e tamanho, exposto à visão ou que seja do seu conhecimento (ex. embalagens de eletrodomésticos no lixo), e cuja aproximação não demande a superação de obstáculos, como a ausência de trancas, cercas e grades.

Já a figura do guardião é representada por alguém, cuja presença ou proximidade pode desestimular a prática de um crime, não se tratando, necessariamente, de elementos de segurança pública. Na verdade, para a teoria da atividade de rotina, o controle social informal tem grande influência nas taxas de criminalidade, na medida em que as pessoas mais aptas para a prevenção de crimes não são os policiais, mas os vizinhos, amigos, parentes, transeuntes ou o proprietário do objeto visado. Um alvo com um guardião eficaz é menos provável de ser atacado por um agressor potencial. Se o guardião está ausente, é fraco ou corrupto, pouca proteção fornecerá para o alvo.

Num segundo momento do desenvolvimento da teoria, outros elementos relacionados ao crime também passaram a ser considerados na elaboração de métodos de prevenção. Nesse sentido, no que toca ao potencial agressor, surge a figura do “manipulador”, que pode recair sobre os pais, parceiros íntimos, irmãos, parentes, amigos próximos, professores, treinadores ou outras pessoas em posição semelhante, capazes de controlar as ações daquele, seja pela proximidade física ou pela influência psicológica. Nesse contexto, os crimes terão lugar onde os manipuladores também estão ausentes, são fracos ou corruptos.

Por sua vez, aos proprietários e seus eventuais funcionários passa a ser delegada a tarefa de cuidar do local e das pessoas que o utilizam. No papel de “gerentes”, devem controlar o

comportamento dos infratores e vítimas potenciais. À semelhança do que ocorre com os guardiães e manipuladores, na presença de um gerente eficaz, o crime é menos provável de ser cometido do que quando o gerente está ausente, é fraco ou corrupto.

Outro fator que pode influenciar na oportunidade para o crime é a utilização de ferramentas, tanto por parte dos delinquentes, como latas de tinta spray, armas e carros, quanto por parte das vítimas, guardiães e gerentes, a exemplo da iluminação, portões, cercas e sinais de propriedade. Delinquentes sem acesso a ferramentas têm menor capacidade de entrar em lugares não autorizados, superar a resistência de vítimas, guardiães e gerentes e empreender uma fuga eficaz, ao passo que as mesmas também podem ser utilizadas para fins de reduzir as chances de vitimização.

Essa interação entre os elementos desenvolvidos pela teoria da atividade de rotina é representada no triângulo de análise de problema²⁷, por vezes referido como triângulo do crime. Por meio dessa figura, percebe-se que o potencial agressor encontra maior oportunidade para cometer o crime quando se encontra no mesmo local que o alvo, na ausência de qualquer controlador capaz. Se um guardião, gerente ou manipulador está presente, as oportunidades do crime passam a ser reduzidas. A eficácia na atuação dos atores envolvidos dependerá, também, em parte, das ferramentas disponíveis. Adicionando ou subtraindo os elementos demonstrados no triângulo, altera-se as chances de ocorrência do crime.

27. Extraído em 15/12/2015 de <http://www.popcenter.org/learning/pam/help/theory>. cfm.



Contudo, a presença concorrente de potenciais delinquentes, alvos atraentes e de controladores fracos, ou mesmo ausentes, não ocorre de forma aleatória. Sabe-se que infratores não vagam sem rumo. Como qualquer pessoa, têm comportamentos de rotina que os levam para longe de manipuladores e em busca de descobrir locais com alvos atraentes. As vítimas também seguem rotinas que as separam de guardiões eficazes e as fazem frequentar locais com fraca gestão.

Assim, medidas de prevenção eficazes requerem a compreensão de como criminosos e seus alvos se encontram em determinados lugares, e como esses elementos podem ser controlados. Segundo a teoria da atividade de rotina, identificar os pontos fracos do triângulo de análise em um determinado contexto particular permitirá apontar intervenções voltadas a eliminar ou reduzir as oportunidades para o crime.

2.2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A teoria da escolha racional, que tem decisivo peso na criminologia administrativa, pode ser entendida como uma ferramenta que explica a ação daquele indivíduo que relaciona os meios e os fins.

Ela está inserida justamente neste contexto de abandono da etiologia criminal, na medida em que trata todas as pessoas como sujeitos racionais que cometem crime em razão de uma análise de custo *versus* benefício para se atingir determinados resultados. Sob essa perspectiva, o crime é apenas uma ação racional realizada por pessoas comuns como resposta a determinadas circunstâncias, oportunidades e indutores situacionais.

A emergência da teoria da escolha racional, no curso dos anos 1980, representa a invasão do homem econômico nas ciências do comportamento. Nesse período, “grande parte dos desenvolvimentos da ciência econômica orbitam em torno de questões relacionadas ao processo de escolha dos indivíduos. Quase todas as decisões implicam a escolha entre alternativas e, de um modo geral, as pessoas dão preferência ao que lhes traz maior retorno de natureza emocional ou de natureza monetária”.²⁸

Entretanto, essa não se trata de uma ideia propriamente nova. Já no século XVIII a filosofia utilitarista, com autores como Jeremy Bentham e Stuart Mill, trazia a crença de que a natureza humana se baseava na busca pelo prazer e evitação da dor e que, desta forma, o homem se organizava de maneira a calcular estratégias para alcançar a maximização da utilidade. O homem é movido por essa ambivalência de dor e prazer e, portanto, manipulando-se a “dor” pela punição, as pessoas se sentem dissuadidas de obter o prazer pelo crime caracterizando, assim, a pena pelo seu caráter preventivo, e não meramente retributivo, permitindo a felicidade para o maior número de pessoas possível, respeitando-se o princípio máximo do utilitarismo.

Enquanto os utilitaristas acreditavam ser possível acabar com a criminalidade com este modelo, os teóricos da escolha racional acreditam ser impossível tal intento, limitando-se a tão somente diminuí-la, de maneira que as novas ideias de racionalidade procuram atualizar o clássico modelo utilitarista, considerando os novos estudos teóricos de racionalidade no âmbito da economia, psicologia e neurologia.

28. MARTINHO; FERREIRA; SOUSA, Op. Cit., p. 316, Antonio García-Pablos de GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 316.

Esse novo modelo de pensamento, inspirado na teoria econômica do delito, ignora as considerações de caráter biológico, psicológico ou sociológico com as quais a criminologia até o século XX idealizou a figura do delinquente, repensando as dinâmicas do crime e do castigo a partir de termos pseudoeconômicos, à semelhança do setor privado. Esse reducionismo economicista procura diminuir ou deslocar os custos do crime na direção da prevenção, antes que na do castigo, e a minimizar o risco, antes que garantir a justiça.²⁹

O precursor dessa aplicação econômica no delito foi o economista Gary Becker, com sua obra *Crime and punishment: An Economic Approach*. Essa ideia surgiu para Becker em um dia que ele estava atrasado para seu trabalho e se deparou com a necessidade de avaliar os custos e benefícios entre pagar para estacionar seu veículo em um estacionamento mais afastado ou parar seu carro numa rua próxima, porém, em local proibido.

Após calcular a probabilidade de ser pego e o valor da multa com a distância e os custos do estacionamento, Becker optou pela vaga proibida e então pensou que outras situações ilícitas também estariam sujeitas a essa análise de custo e benefício, lançando seu trabalho baseado na ideia de um homem econômico (*homo economicus*).³⁰

Assim, segundo a teoria desenvolvida por Becker, o indivíduo, em determinadas situações ou diante de certos incentivos, faz uma análise racional entre o que ele espera ganhar com a conduta – o benefício – que pode ser dinheiro, poder, entre outros, e o custo a ser por ele suportado, como a probabilidade de ser pego e a possível punição. As pessoas agem buscando a maximização da utilidade esperada, e essa utilidade é uma função positiva de ganhos. Neste modelo, portanto, o ato criminoso é preferido e escolhido se o

29. GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, N.13. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf> >. Acesso em: 19 nov 2015. p. 65.

30. BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. The Journal of Political Economy, V. 101, N.º 3. Jun/1993), p. 385-409. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/09/Becker1993.pdf>. Acesso em 14 dez 2015. p. 389

retorno total, incluindo os custos esperados, é maior do que as alternativas legais.³¹

Essa teoria de Becker, como dito, parte da ideia de um *homo economicus*, que é um tomador de decisões racionais, com capacidade ilimitada de processar informações. Ou seja, está baseada em uma teoria econômica clássica.

Os autores Clarke e Cornish, mais afetos às ideias da nova criminologia administrativa, desenvolvem a teoria da escolha racional apontando, ao contrário da ideia clássica de Becker, que os sujeitos agem em uma racionalidade limitada pela influência de diversos fatores, como a falta de conhecimento completo acerca dos riscos, esforços e recompensas do crime, limitações de tempo e inexistência de um planejamento prévio e detalhado. Normalmente, os delinquentes traçam planos gerais, improvisam diante do imprevisto e, uma vez iniciada a execução do crime, o foco passa a ser mais as recompensas que os riscos.³²

Importante registrar que, na teoria da escolha racional, o conceito de informação incompleta ou imperfeita é obtido por meio da distinção entre risco e incerteza, e a consequente previsão de probabilidades de resultados. Isso porque, diante de uma situação de risco, as pessoas ainda são capazes de visualizar as probabilidades de vários resultados, ao passo que, confrontadas com uma situação de incerteza, são incapazes de fazê-lo.

Cornish e Clarke afirmam, no entanto, que não há de falar-se em uma única escolha, mas em uma sequência de decisões influenciadas por fatores sociais e psicológicos. Haveria, então, duas espécies de decisões, que eles nominam de *decisões de envolvimento* e as *decisões do evento*. As primeiras consistem naquelas em que o indivíduo resolve se envolver em um delito ou permanecer numa carreira criminosa. As segundas, por outro lado, são aquelas em que o indivíduo pratica o evento criminoso.

31. EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna. Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics, Vol. 2, No. 3, 2006; Emory Law and Economics Research Paper No. 11-114. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1912073>. Acesso em: 10 out 2015.

32. CORNISH, D. & CLARKE, R. Situational Prevention, Displacement of Crime and Rational Choice Theory. In: HEAL, K. & LAYCOCK, G. (eds.). Situational Crime Prevention from Theory to Practice. London: HMSO, 1986.

As *decisões de envolvimento* podem referir-se a três fases: a *iniciação*, em que o agente resolve praticar o crime pela primeira vez, e aqui estão em voga fatores psicológicos, sociológicos, econômicos, demográficos, etc.; a *habituação*, que é a decisão de reiterar na prática delitiva, com a conseqüente mudança de estilo de vida, pois o criminoso passa a ter relação com outros delinquentes e aprende novas técnicas, enfim, incrementa a sua nova “profissão”; e, por último, a *desistência*, em que o indivíduo resolve deixar a vida do crime.

Já as *decisões de evento* referem-se ao conjunto de escolhas que levam o agente a concretizar o crime, abarcando os atos preparatórios e executórios, bem como a fuga. Aqui é que se deve considerar os dados situacionais do delito, tais como os obstáculos à ação criminosa (existência de alarme antifurto, guardas e câmeras de segurança), bem como a existência de rotas para a fuga³³.

Com o desenvolvimento da teoria econômica do crime, também passou a ser considerada a influência de fatores econômicos, como renda, emprego e educação, de fatores antecedentes do indivíduo, como socialização e aspectos sociodemográficos, e, ainda, suas interações na comunidade, ampliando a comprovação empírica da teoria para além da perspectiva do risco de punição. A diferença, contudo, é que esses fatores não são vistos em uma relação de causa-efeito, como em outras teorias criminológicas. Tais fatores estarão em perspectiva com as próprias oportunidades, percepções, cálculos e escolhas do indivíduo em praticar ou não o crime.

Com a adesão da ideia de um homem racional, a nova criminologia administrativa passa a atuar justamente nas circunstâncias que, de um modo geral, podem ser consideradas como custos e benefícios, desenvolvendo medidas para aumentar os custos para o agente cometer uma atividade ilícita e/ou diminuir os eventuais benefícios por ele angariados.

33. Becker e Cohen também miram a perspectiva segundo a qual o ato delituoso se desenvolve ao longo de uma série de etapas sucessivas, que conduzem o ator a fazer uma escolha que não é inteiramente predeterminada (CUSSON, Maurice, *Criminologia*, ed. Casa das Letras – 2011, p. 103).

2.3 PREVENÇÃO SITUACIONAL

A prevenção situacional é uma vertente criminológica que se detém na análise das circunstâncias e procedimentos inerentes à prática de determinados crimes, com o objetivo de preveni-los ou dificultá-los com maior eficácia.

Se no passado a mira da criminologia permeou o delinquente, a sociedade e a interação desta com o indivíduo, bem como, mais à frente, as instâncias formais de controle sob uma perspectiva crítica, agora os holofotes estão mais virados para a situação do crime e para o aperfeiçoamento das medidas preventivas de cunho situacional, de modo a reduzir, o quanto possível, as oportunidades para a realização de um delito, inscrevendo-se na lógica do ato e da escolha racional. Para Cusson, “a noção de prevenção situacional serve para designar as medidas não-penais que têm por objetivo impedir a passagem ao acto através da alteração das circunstâncias particulares em que delitos da mesma natureza são cometidos ou poderiam sê-lo”.³⁴

A prevenção situacional surgiu na década de setenta, em um departamento de investigação da Inglaterra, dirigido por Ronald V. Clarke. Em estudo sobre casos de suicídio, descobriu-se que a mudança de gás com teor de monóxido de carbono altamente tóxico para gás natural para uso doméstico naquele país teve significativa importância na diminuição dos índices de suicídio, dando azo, então, a uma abordagem voltada para objetivos práticos acerca da prevenção da criminalidade. No mesmo período, nos E.U.A., Ray Jeffery desenvolveu estudos sobre a prevenção criminal através da modificação do ambiente físico³⁵. A conclusão dos trabalhos de ambos resultou em uma teoria da prevenção situacional do delito.

Ora, se o ato criminoso é visto como uma oportunidade para um agente que, ao fazer sua escolha, pauta-se pela ideia de custo e benefício, nada mais natural que se desenvolva mecanismos preventivos para tornar demasiadamente difícil, arriscada ou insuficientemente benéfica a prática da infração aos olhos do agente.

34. CUSSON, Maurice, *Criminologia*. Casa das Letras, 2011. p. 205.

35. MEDINA ARIZA, Juan José. El control social del delito através de la prevención situacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 2. 1998. p. 289-290.

Nessa ótica, a teoria da prevenção situacional, ancorada nas teorias das atividades rotineiras e da escolha racional, passa a explorar, de forma sistemática, os dados sobre a racionalidade do delinquente e as situações propiciadoras do crime.

O objeto da criminologia, então, passa a ser os dados imediatos das situações que determinam as escolhas do agente no momento da ação. Nesse contexto, a análise da situação pré-criminal é bastante útil, pois tal dado estrutura a escolha do delinquente, incitando-o ou dissuadindo-o da prática delitiva.

E para se evitar o crime, através da prevenção situacional, é necessário que se rompa a cadeia que permite ao delinquente motivado encontrar uma vítima interessante e sem qualquer vigilância. Para tanto, Torrente afirma que se deve seguir os seguintes vetores: 1 – incrementar o esforço necessário para o cometimento do delito; 2 – minimizar as recompensas do delito; e 3 – aumentar as probabilidades de ser detectado.³⁶

A prevenção situacional compreende medidas de redução da oportunidade criminosa que não abrange toda a gama de delitos possíveis³⁷, envolvem a gestão, *design* e manipulação do ambiente imediato, em uma forma sistemática e permanente, e que tem por objetivo tornar a prática de crimes mais difícil e arriscada, removendo-se as vantagens idealizadas pelo agente. Para tanto, há um extenso número de meios, como a vigilância, os obstáculos físicos, os controles de acesso, desviar o delinquente do alvo, eliminar ou reduzir o benefício potencial de um delito e controlar outros instrumentos que sirvam para cometer delitos.³⁸

A *vigilância* poderá se dar em locais propensos à criminalidade, mediante o trabalho de vigilantes, porteiros, policiais, guardas municipais, seguranças particulares, bem como através de câmeras de segurança existentes na parte interior e exterior dos

36. TORRENTE, Diego. Desviación y delito. Madri: Alianza Editorial, 2001, in CARVALHO, Themis Maria Pacheco de Carvalho. La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por médio de la prevención situacional. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=27,81,0,0,1,0>>. Acesso em: 13 dez 2015. p. 225.

37. A prevenção situacional inspira-se nos conhecimentos de tipos particulares de crimes, tais como o homicídio, lesão corporal, assaltos, furtos, pedofilia, vandalismos, embriaguez ao volante etc.

38. CUSSON, Maurice, Criminologia. Casa das Letras, 2011. p. 206-207.

estabelecimentos comerciais (lojas, supermercados, instituições bancárias, etc.), televisão em circuito fechado, sistemas de alarmes, etc.

Como exemplos de prevenção mediante *obstáculos físicos* podemos citar as portas e carros blindados, os cofres-fortes, os alarmes existentes em carros e as antecâmaras à entrada dos bancos.

Os *controles de acesso* consistem em postos de guarda, a entrada em locais mediante código ou cartão magnético, medidas que tem por finalidade impedir a invasão, identificar e filtrar a circulação de pessoas em determinado espaço.

Desviar o delincente do alvo significa impedi-lo de cruzar com alvos interessantes ou vítimas potenciais, mediante a alteração do meio físico, dos horários ou dos hábitos de vida. É comum que em certos estádios de futebol aconteça a separação das torcidas de clubes de futebol, inclusive em relação aos percursos feitos por cada torcida nas imediações do estádio, que geralmente são predeterminados em reuniões feitas com o Ministério Público, a polícia e integrantes das chamadas torcidas organizadas, como forma de evitar o contato de torcedores rivais.

Pode-se *eliminar ou reduzir o benefício potencial de um delito*, guardando o mínimo possível de dinheiro em caixas registradoras, evitando que condutores de ônibus vendam bilhetes e que peças de veículos tenham marcação (número de chassi nos vidros, por exemplo), de modo a dificultar a sua revenda.

O *controle de armas e outros instrumentos eficazes para o cometimento de delitos* também contribuem para a prevenção, através, por exemplo, de detectores de metais.

Neste ponto, importante mencionar, dentre os apontamentos feitos por Medina Ariza para a diminuição ou impedimento da delinquência, a técnica de “incrementar os sentimentos de vergonha” e de “fortalecimento de condenação moral ou estimulação da consciência”, que podem ocorrer através de campanhas institucionais alertando acerca das proibições de certas condutas, tais como o tráfico de animais silvestres, a pedofilia e a pirataria, bem como a utilização de “controles inibidores” mediante, por exemplo, a elevação da idade para a utilização de bebidas alcoólicas.

A prevenção situacional também vai se inspirar e desenvolver-se através do conhecimento da vitimologia, mais detidamente sobre os riscos de vitimação. Qual é o contributo do ofendido para a gênese do crime? Tal questionamento é bastante pertinente na medida em que uma grande parcela dos crimes pauta-se pela relação entre um delinquente e uma vítima, notadamente nos crimes cometidos contra a pessoa e o patrimônio. Há muitos delitos, aliás, que nascem de uma relação íntima entre o agressor e o agredido, como acontece, por exemplo, nos delitos de violência doméstica. O delinquente, evidentemente, ao idealizar um crime de furto ou roubo, leva em consideração os bens portados pelo ofendido, bem como as circunstâncias em que se dá esse porte. Um indivíduo com um carro novo, com elevado valor de mercado, evidentemente, irá incutir fascínio sobre o agente criminoso.

É crível imaginar-se que, pelo menos em uma pequena parcela dos delitos, a vítima pode contribuir para a ocorrência do crime, ou porque provoca o agressor ou porque se expôs demais à experiência da vitimação³⁹. O estilo de vida do ofendido também pode servir como algo que potencializa a ocorrência de delitos, aumentando o seu grau de vulnerabilidade à criminalidade⁴⁰.

Um cidadão desatento é um alvo propício para a ocorrência de crime, até porque, muitas das vezes, a probabilidade de um delito varia em função do encontro de um agente motivado (delinquente potencial) e um alvo que lhe possa interessá-lo. E este será mais interessante na medida em que estiver mais vulnerável, de modo que o ofendido passa a ser visto como alguém que pode contribuir para a prevenção da criminalidade, notadamente aquela de natureza patrimonial. Aliás, não se deve esquecer que o proprietário é o

39. Sobre a questão, pesquisas feitas no Canadá revelam que os indivíduos que deixam suas casas e rumam para bares e lugares públicos no período noturno têm uma probabilidade seis vezes maior de sofrerem crimes violentos do que aqueles que optam por ficar no lar (Sacco, Jhonson, 1990). No que se toca aos E.U.A., mais precisamente em Filadélfia, Wolfgang (1958) constatou que quase um terço dos homicídios conhecidos pela polícia ocorreram mediante a provocação ou desencadeamento pela própria vítima. O ofendido tinha sido o primeiro a agredir ou a ameaçar o futuro homicida com arma de fogo (CUSSON, Maurice. Op. cit. 164).

40. Por exemplo, jovens ainda não casados têm maior risco de sofrerem crimes, pois frequentam lugares públicos durante a noite e pouco ficam com a família, tendo contato com outras pessoas muitas vezes bastante perigosas, em lugares e momentos de risco (CUSSON, Maurice. Op. cit., p. 168).

guardião natural de seus bens.⁴¹ Passa-se, então, a cultivar a ideia do “homem prudente”, do indivíduo vigilante, ativo e protegido, de modo a diminuir o seu grau de vulnerabilidade à ocorrência de crimes. E isso se dará mediante a autoproteção, que pode ser entendida como tudo que engloba as medidas adotadas pelo cidadão para se precaver do crime.

As medidas individuais de autoproteção podem consistir em atos de *vigilância e verificações* (iluminação interior e exterior da habitação, obtenção de um cão de guarda, instalação de um sistema de alarme, manter-se em constante atenção); *obstáculos físicos* (instalação de fechaduras de qualidade e de grades, aquisição de um cofre-forte); *medidas de limitação dos danos* (depósito de dinheiro em instituição financeira, substituição de dinheiro por cartão de crédito, andar com poucas quantias em dinheiro na mala ou no bolso); de *solidariedade* (manter contatos regulares com a família e amigos, manter bom relacionamento com a vizinhança, viver acompanhado); de *distância* (evitar locais perigosos, evitar sair no período noturno, mudar-se para um bairro seguro); e de *dissimulação* (evitar exibir dinheiro em público, guardar os carros em garagem, mudar o número de telefone).

Neste ponto, importante mencionar também os estudos criminológicos feitos sobre o fenômeno da revitimização, que ocorre quando um indivíduo ou um imóvel sofre mais de um delito em determinado espaço de tempo. Conforme constatado por diversos pesquisadores, uma pessoa ou residência que tenha sido alvo de um crime apresenta um risco normalmente elevado de voltar a sê-lo⁴². Há também dados para se afirmar que a segunda

41. Nas palavras de Clarke e Felson, “Realmente, as pessoas mais aptas para prevenir crimes não são os policiais (que raramente estão por perto para descobrir os crimes no ato), mas antes os vizinhos, os amigos, os parentes, os transeuntes ou o proprietário do objeto visado. Note que a ausência de um guardião adequado é crucial. Definir um elemento-chave como ausência antes do que presença é claramente um princípio fundamental na despersonalização e na despisicologização no estudo do crime. Certos tipos de pessoas são mais prováveis de estar ausentes do que outras, mas o fato de uma ausência ser enfatizada é mais que um lembrete de que o movimento das entidades físicas no tempo e no espaço é central para esta abordagem (Clarke e Felson, 1993, p. 3), in BEATO, Claudio, Crime, oportunidade e vitimização, Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19, n. 55, junho/2004, p. 75.

42. Em 1978, Hindelang e colaboradores (1978, p. 132) constataram que a probabilidade de se ser vítima de nova agressão grave é sete vezes maior do que a probabilidade de sofrer uma primeira vitimação da mesma natureza. Nas cidades canadianas, o risco de alguém ser novamente vítima de furto qualificado é de 9%, face a uma taxa de vitimação de 1%

vitimação acontece pouco tempo depois da primeira⁴³. Tais dados inspiraram intervenções positivas na prevenção de assaltos a edifícios e de violência conjugal, tomando como alvos prioritários as casas que tinham acabado de sofrer assalto ou as mulheres que haviam sofrido recentes agressões. Nesse sentido, o governo inglês implementou um programa de prevenção da violência, cedendo ao ofendido um alarme portátil ligado ao departamento policial.

A ideia central da prevenção situacional é evitar ou, ao menos, dificultar a ocorrência de delitos por meio de um conjunto de medidas que atinjam diretamente a situação pré-criminal, mediante o mapeamento dos delitos, medidas preventivas sistemáticas e permanentes, a realização de diagnósticos sobre como as oportunidades são percebidas pelos delinquentes, etc. Nesse contexto, as novas tecnologias são grandes auxiliares na prevenção situacional, tais como as câmeras de vídeo, recursos da informática, da telefonia e os alarmes.

Percebe-se, portanto, que a teoria da prevenção situacional, adotada pela criminologia administrativa, advoga a tese de que não se pode prevenir o crime apenas e tão-somente através da atuação policial e de órgãos da justiça criminal, mas sobretudo através da participação ativa da sociedade nesse tema, que se dará mediante a atuação de cidadãos de maneira prudente e ativa no combate à criminalidade. A responsabilidade pela prevenção e pelo controle do crime não recai apenas sobre o Estado, mas também sobre os moradores, os varejistas, industriários, agricultores, urbanistas, autoridades escolares, empresas de transportes, empregadores, a família, aos pais, e até na arquitetura de bairros.

na população em geral (Solliciteur Général du Canadá, 1988, 8). Em 1992, na Inglaterra, 20 % dos inquiridos que haviam sido vitimados pelo menos duas vezes num ano representavam 81% do total de infrações registradas pelo British Crime Survey (Farrell, 1995, 490). Os inquiridos que tinha sofrido três ou mais assaltos a residência, e que representavam 1% da amostra, correspondiam a 17% do total de assaltos registrados. Esta concentração também é muito marcada nos delitos contra as pessoas. Os 17% de vítimas que tinham sofrido três ou mais crimes violentos correspondiam a 45% de todos os crimes violentos registrados (Mayhew, et. al., 1993, 49, 86) ...” CUSSON, Maurice. Op. cit. 186-187.

43. Farrell aponta que metade das segundas vitimações por assalto à residência em Inglaterra acontece nos sete dias subsequentes à primeira vitimação. No campo da violência doméstica, 35% das segundas vitimações acontecem menos de 5 semanas depois do primeiro episódio. (CUSSON, Maurice. Op. cit., p. 187).

Diante desse quadro, verifica-se que os pensadores da teoria da prevenção situacional do delito dão enorme importância às instâncias informais de controle, que vão desde sensíveis conselhos para eliminar determinados objetivos fáceis, até ambiciosos programas preventivos de amplo espectro.⁴⁴

Por outro lado, os postulados de uma teoria de prevenção situacional do delito também se direcionam às instâncias formais de controle, principalmente à autoridade policial, que deverá articular esforços junto à sociedade para controlar a incidência de crimes, mediante a alimentação de relações positivas com a comunidade, de modo a concretizar o necessário protagonismo da sociedade civil e dos agentes públicos nessa questão.

Nesse contexto, a atuação policial deverá sedimentar modelos de policiamento, do tradicional ao comunitário, em busca da satisfação, com eficácia, das necessidades específicas relacionadas com o controle e a regulação social, mediante estratégias e táticas policiais padronizadas.

O poder público também poderá criar programas de prevenção sobre determinadas áreas geográficas que tenham altos índices de criminalidade, com implementação de projetos ambientais para uma melhor arquitetura urbana, favorecendo a prevenção de delitos.

3 CRÍTICAS

Como visto, a criminologia administrativa centra-se nos alvos da ação criminoso e no seu controle. Nesse modelo, a prevenção também passa a ser responsabilidade do indivíduo e das organizações privadas, que devem internalizar culturas e práticas suscetíveis de reduzir a ocorrência de crimes. Essa nova realidade, inegavelmente, vai contra um dos pilares das sociedades modernas, qual seja, o dever do Estado de garantir a segurança e a ordem dentro de seu território.

Essa meta pode parecer louvável do ponto de vista do governo, porém,

44. GARRIDO, STANGELAN e REDONDO. Principios de Criminología, in CARVALHO, Themis Maria Pacheco de Carvalho. La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por medio de la prevención situacional. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=27,81,0,0,1,0>>. Acesso em: 13 dez 2015. p. 72.

(...) the research agenda was never intended to encompass crucial disciplinary question about the definition of crime, nor about its politics, social causes or ideological effects. The kind of criminology the Home Office wanted was intended to help the criminal justice system to administer crime more efficiently and effectively – hence the label “administrative criminology” (coined, incidentally, by Jock Young, 1986).⁴⁵

Acontece que nessa concepção teórica a criminologia é levada progressivamente para a margem de uma análise geral de política pública, numa condição “essencialmente auxiliar, instrumental em relação ao direito penal e à política criminal”.⁴⁶

Além disso, o aumento constante do financiamento do governo para o controle do crime resultou em um número crescente de agências e departamentos que se dedicam a diferentes formas de investigação criminológica, bem como de pesquisadores acadêmicos e organizações que dependem de fontes oficiais de financiamento para a sua existência. Outro problema que surge com esta abordagem é que os dados recolhidos são seletivos e há uma tendência para se concentrar no que é facilmente mensurável e politicamente conveniente.

Ademais, esse estilo de gerencialismo levou à crescente mercantilização do conhecimento, ao passo que a erudição crítica foi marginalizada. Em relação à criminologia na era neoliberal, houve uma perda de independência dos pesquisadores acadêmicos e uma indefinição da distinção entre criminologistas acadêmicos e administrativistas. A criação da Sociedade Europeia de Criminologia, no ano de 2000, envolvendo uma colaboração mais estreita entre os departamentos governamentais de toda a Europa e criminologistas acadêmicos, sinalizou a crescente ascendência e aceitabilidade da criminologia administrativa na academia.

Daí porque a crítica lançada sobre a criminologia administrativa, pois, nesse contexto,

(...) official bodies have acquired the ability to direct the focus of research, influence the methodologies

45. O'BRIEN, Martin; YAR, Majid. *Criminology: The Key Concepts*. London: Routledge, 2008. p. 4.

46. 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. p. 183.

used and shape outcomes. Researchers who are critical of the selection of issues or the choice of research instruments are likely to fall quickly into disfavour. On the other hand, those who do receive funding are likely to be micromanaged, and the capacity for independent or critical investigation is often severely limited.⁴⁷

Uma indicação da fraqueza conceitual da criminologia administrativa decorre justamente do fato de que ela não se debruça sobre as causas do crime, mas, especialmente, sobre vitimização, dedicando atenção para os crimes de rua, que mais geram medo na população, deixando de lado os crimes praticados pelos ricos e poderosos, potencialmente mais prejudiciais à sociedade.

A assertiva de que o homem pondera racionalmente os custos e benefícios da futura conduta criminoso já foi criminologicamente refutada como fórmula geral, uma vez que tal atitude não se faz presente, por exemplo, nos crimes passionais e naqueles cometidos sob a influência de álcool ou drogas. Ademais, não existe o estado puro de racionalidade prescrito pela teoria da escolha racional, mas forças paralelas constituídas pela racionalidade, normas sociais, emoções e irracionalidade que podem afetar simultaneamente as motivações individuais. Assim, em que pese a conduta humana estar sempre sujeita a alguma forma de condicionamento, a ideia de uma vontade ou uma racionalidade imperturbada, imperturbável e inalterável – a reger com exclusividade os destinos do criminoso – não passaria de uma ilusão.

Por outro lado, as novas tendências na prevenção do crime, especialmente no âmbito da nova criminologia administrativa, ignoram os resultados positivos do investimento em políticas sociais, econômicas e educacionais, que configuram elemento essencial em qualquer programa estatal de prevenção do crime, e ainda não possuem o corpo de investigação científica necessário para a sua consolidação, demandando novos estudos para comprovar ou refutar suas propostas.

Também é certo que o compartilhamento da responsabilidade e o funcionamento rotineiro da prevenção do crime provocam disparidades no financiamento social e na rede de segurança. Isso porque, a nova criminologia administrativa não especifica o papel

47. MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014. p. 14.

que deve ser desempenhado pela segurança pública, privada e comunitária, criando um modelo desordenado. Por outro lado, o direito à segurança deixa de ser garantido a todos como um dever do Estado para se converter num produto, cuja distribuição está subordinada às forças do mercado e não em função das necessidades.

Nesse contexto, os grupos que mais sofrem a criminalidade tendem a ser os membros mais pobres e menos poderosos da sociedade, que são desprovidos quer de recursos para comprar segurança, quer de flexibilidade para adaptar suas vidas cotidianas e se organizar de forma eficaz contra o crime. Essa disparidade entre ricos e pobres — que coincide com a divisão entre as classes detentoras da propriedade e os grupos sociais que são considerados como uma ameaça para a propriedade — tende a nos arrastar para uma sociedade fortificada, caracterizada pela segregação e o abandono de todo ideal cívico.⁴⁸

Vale destacar que as estratégias de controle situacional do delito criam diversos mecanismos de vigilância, que podem resultar numa queda geral da qualidade de vida em nome de uma suposta segurança. A aplicação dessas ideias gerou uma verdadeira cultura do controle, em que há vigilância por todos os lados, onde quer que se vá, invadindo a privacidade e a intimidade das pessoas, inclusive daquelas que não delinquem.

Além disso, as medidas de prevenção situacional do crime têm alcance limitado, produzindo melhores resultados em relação aos chamados crimes de rua (v.g., furtos, roubos, arrombamentos, tráfico de drogas etc.), do que sobre a criminalidade *frustration-instigated*, impregnada de impulsividade, a exemplo do crime de homicídio, crimes sexuais, crimes praticados por multidão ou por sentimento de injustiça.

Não bastasse, essas medidas podem gerar o “fenômeno da deslocação do crime”⁴⁹, passível de ocorrer quanto ao tempo, local ou natureza da prática criminosa, já que o delinquente tende a contornar as medidas preventivas específicas.

48. GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, N.13. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf>>. Acesso em: 19 nov 2015. p. 76.

49. ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 8, Fasc. 3. Jul - Set 1998. P. 368.

As teorias voltadas à prevenção situacional do crime também foram alvo de críticas por ignorarem fatores sociais, econômicos e culturais, bem como por não estudarem detidamente uma das variáveis do crime, justamente o infrator e as suas motivações. Ademais, o espaço físico não teria capacidade, por si só, de criar ou gerar delitos (causa), mas tão somente poderia atraí-los ou favorecer sua prática (sintoma).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo os estudos já realizados, as teorias voltadas à prevenção situacional do crime demonstraram a sua utilidade em cinco técnicas de redução das oportunidades: a) aumento das dificuldades no alcance dos objetivos criminosos; b) remoção dos alvos; c) vigilância natural; d) vigilância formal; e e) vigilância por parte de empregados. Além disso, por vezes, foi capaz de produzir a diminuição de outros crimes, além daqueles para os quais as medidas preventivas estavam diretamente dirigidas, promovendo uma “difusão de benefícios”.⁵⁰

Além disso, conforme registra Cláudia Santos, mais recentemente, a concepção do crime como fenômeno oportunista, que aproveita uma série de fatores situacionais para se manifestar, preconizada pela nova criminologia administrativa, têm influenciado ações de prevenção dos crimes de colarinho branco, como a adoção de mecanismos de controle específicos, buscando evitar que os detentores de cargos de confiança abusem da posição que ocupam. Por outro lado, busca-se também entender o processo de escolha tendencialmente racional que leva alguns empresários, políticos ou profissionais liberais a respeitarem a lei, enquanto outros decidem violá-la.⁵¹

Dessa forma, inegável que a criminologia administrativa tem o mérito de desenvolver estudos e técnicas voltadas à prevenção do crime, contribuindo, ao seu modo, para redução das taxas

50. ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 8, Fasc. 3. Jul - Set 1998. p. 370.

51. 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. p. 186.

de criminalidade. Porém, dadas as suas limitações, não pode ser adotada isoladamente como política de segurança pública, devendo ser conjugada com investimentos em políticas sociais, econômicas e educacionais, que configuram elemento essencial em qualquer programa estatal de prevenção do crime, conforme restou demonstrado ao longo de décadas de estudos no âmbito da tradicional criminologia.

Não há de se falar em utilizar um método em detrimento de outro. Tampouco de se abandonar o que foi construído, aprendido e apreendido acerca da criminalidade até então. O que se espera da criminologia hoje pela sociedade, sob um ponto de vista teleológico e pragmático, é que se possa adotar todo o conhecimento acumulado pelas diversas vertentes de estudo, para se tomar medidas, mediatas e imediatas, que sejam efetivas e eficazes para a redução da criminalidade.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*, V. 101, N.º 3. Jun/1993), p. 385-409. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/09/Becker1993.pdf>. Acesso em 14 dez 2015.
- BURKE, Roger Hopkins. *Introduction to Criminological Theory*. 3 ed. Devon: William, 2009.
- CORNISH, D. & CLARKE, R. Situational Prevention, Displacement of Crime and Rational Choice Theory. In: HEAL, K. & LAYCOCK, G. (eds.). *Situational Crime Prevention from Theory to Practice*. London: HMSO, 1986.
- CUSSON, Maurice, *Criminologia*. Casa das Letras, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra editora, 2013.
- EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna. Economics of Crime. *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 2, No. 3, 2006; Emory Law and Economics Research Paper No. 11-114.

Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1912073>. Acesso em: 10 out 2015.

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, N.13. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a06n13.pdf> >. Acesso em: 19 nov 2015.

GARRIDO, STANGELAN e REDONDO. Princípios de Criminología, in CARVALHO, Themis Maria Pacheco de Carvalho. La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por medio de la prevención situacional. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=27,81,0,0,1,0>>. Acesso em: 13 dez 2015.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Aspectos da evolução dos estudos criminológicos. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; KOSOVSKI, Estes (Orgs.). Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINHO, Rita; FERREIRA, Fernando; SOUSA, Pedro. Análise de custo-benefício e a sua aplicação aos programas de prevenção do crime. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2013.

MARTINSON, Robert. What works? Questions and answers about prison reform. AA.VV., *The Public Interest*, n.º 35, New York, National Affairs Inc., 1974.

MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014.

MEDINA ARIZA, Juan José. El control social del delito através de la prevención situacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 2. 1998.

MARTINHO; FERREIRA; SOUSA, Op. Cit., p. 316, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução as bases criminológicas da lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

NEWBURN, Tim., *Criminology*, Willan Publishing, Devon, 2007. in Zimmermann, Egberto, *O neoclassicismo criminológico*. Disponível em: <https://profeduardoviana.wordpress.com/>. Acesso em 10 dez 2015.

O'BRIEN, Martin; YAR, Majid. *Criminology: The Key Concepts*. London: Routledge, 2008.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. Tradução de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.

ROTMAN, Edgardo. O conceito de prevenção do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 8, Fasc. 3. Jul - Set 1998.

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.

TIERNEY, John. *Key Perspectives In Criminology*. Open University Press. Berkshire, 2009.

TORRENTE, Diego. *Desviación y delito*. Madri: Alianza Editorial, 2001, in CARVALHO, Themis Maria Pacheco de Carvalho. *La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por médio de la prevención situacional*. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=27,81,0,0,1,0>>. Acesso em: 13 dez 2015.

TORRENTE, Diego. *Políticas de seguridad ciudadana. Condicionantes y modelos recientes*. In: ÁLVARO, Fernando Perez (Ed.). *SERTA, in memoriam Alexandri Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca y los autores, 2004.

TORRES, Miguel Agustin. *La prevención situacional del delito y las modalidades de segregación residencial*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=450&revista_caderno=3>. Acesso em 28 nov 2015.

YOUNG, Jock, *Criminologia Crítica y Control Social*, 1. "El Poder Punitivo del Estado". Editorial Juris, 2000.

YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical (1986), en AAVV: Criminología crítica y control social, Iuris, Rosario, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987.